موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

الكفالة والتأمينات

المواد (٧٧٢ - ٨٠١) (١٠٢٠ - ١١٤٩)

المجلد التاسع عشر



٩ ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت : ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في

القانون المدني

الكفالة والتأمينات العينية

{ الكفالة • الرهن الرسمى • حق الاختصاص
الرهن الحيازى • بعض أنواع الرهن
الحيازى • حقوق الامتياز }

(المواد ٧٧٢ - ٨٠١)

(المواد ١٠٣٠ - ١١٤٩)

المجلد التاسع عشر



٩ش سامى البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت ٠٢٣٩٦٠٤٤٣ - ٠٠٢٠٢ - ٠٠٢٠٢٣٩٣٨٦٢٨



فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا

مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ



كلمة الناشـــر

بسم الله الرحمن الرحيم

" فأما الزبد فيذهب جفاءآ وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض "
صدق الله العظيم .

الى كل الناطقين بكلمة الحق والعدل ..

الى كل الباحثين عن كل ما هو جديد فى القانون ..

تتشرف دار محمود للنشر والتوزيع بأن تقدم موسوعة الشرح والتعليق على نصوص القانون المدني للمستشـار / **محمد عزمي البكرى** في عشرين مجلدا فاخرا .

وهى تشتمل على جميع مواد القانون المدنى أى من المادة الأولى حتـى المادة ١١٤٩ وتناولت هذه المواد بالشرح التفصيلى والتعليق عليهـا بأحـدث أحكـام محكمة النقض المصرية والأراء الفقهية الحديثة والقديمة حتـى يتسـنى لرجال القضاء و المحامين الاطلاع على جهد وبحث وخبرة سنين متواصلة مـن العمل المضنى بلغ ثمانية اعوام من الصبر والمثابرة لرصد لكل مـا يمكـن إن يكتب .. وقد أفرزت الموسوعة ما يقرب من ثمانية عشر الف صفحة (ألـف ومائة ملزمة) وبذلك تكون هذة الموسوعة قد قدمت إضافة كبيرة وجديـدة للعلم القانونى فى مصر والدول العربية .

الناشر

محمود ربيع خاطر

(الباب الخامس)
(الكفالة)
(الفصل الأول)
(أركان الكفالة)
مــادة (٧٧٢)

الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التــزام بــأن يتعهــد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه .

الشـــرح

١ـ تعريف الكفالة :

تعرف المادة (٧٧٢) الكفالة بأنها " عقد بمقتضاه يكفل شــخص تنفيذ الالتزام ، بأن يتعهد الدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " .

ومن هذا التعريف يبين أن الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيــل دون المدين ، بل إنه لايشترط فى عقد الكفالة موافقــة أو رضــاء المدين بل يمكن أن يتم بدون علمه ورغم معارضته (م٧٧٥ مدنى) . ومع ذلك فإن المدين ليس بغريب تماما عن عقد الكفالة ، حيث إن هذا العقد ما تم إلا ليضمن التزام هذا المدين لدائنه ، وبالتالى ليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه ، ويمنح هذا الأخير الأمن والأمان .

والكفالة ترتكز على التزام أصلى وتعمل على ضمان الوفاء به،

فالكفالة ترتب التزاما شخصيا فى ذمة الكفيل محله الوفاء بـــالالتزام الأصلى إذا لم يف به المدين .

والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلى فى وجوده وانقضـــائه وصحته وبطلانه بل وفى أوصافه .

ويستطيع الكفيل أن يدفع بكل الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول. ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل لايجـــوز أن يكـــون أشـــد مـــن الالتزام المكفول ولكنه يجوز أن يكون أهون . كما أن الكفيل يستفيد من كل تغيير طارئ فى الالتزام المكفول ولكنه لايضار مـــن هـــذا التغيير.

ولايصح أن يفهم من العبارة الأخيرة الـــواردة فـــى التعريـــف السابق ، وهى " إذا لم يف به المدين " ، أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف ، وهو عدم قيام المدين الأصلى بالوفاء . فالتزام الكفيل التزام بات يترتب فى ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة .

وإنما يراد من هذا التعليق إبراز الصفة الاحتياطية للكفالة و التى تجعل الكفيل ملتزما من الدرجة الثانية ، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب أولاً المدين (م٧٨٨/١ مدنى) ، وأن يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ علـــى أموالـــه (م٧٨٨/٢ مـــدنى) [١]. وســـوف نعرض لذلك بالتفصيل فى موضعه .

---

(١) الدكتور نبيل إبراهيم سعد التأمينات الشخصية طبعة ٢٠٠٠ ص ١١ – الدكتور سليمان مرقس الوافى فى شرح القانون المدنى – فى العقـــود المسماة – المجلد الثالث ص ٨ .

ويجب عدم الخلط بين الكفالة بهذا المعنى وبين مـا اصـطلح على تسميته كفالة ، خاصة فى الأحوال التى يقـوم بهـا بعـض الأشخاص بإيداع مبالغ من النقود أو القيم المنقولة ضمانا لمـا قـد يترتب فى ذمتهم من التزامات احتماليـة ناشـئة بسـبب قيـامهم بوظائفهم أو مهنهم ، كالتأمين الذى يدفعه الصيارف وغيرهم مـن الموظفين والأمناء على أموال الشركات والجمعيات ومن شابههم ، وكذلك فى المسائل الجنائية من إيداع مبلغ من النقود فـى خزانـة المحكمة الحاصل من المتهم ضمانا لإطلاق سراحه . ففى كل هـذه الأحوال لانوجد أمام كفالة بالمعنى القانونى الذى عرفناه أى تأمين شخصى ، بل نوجد أمام نوع من أنواع التأمينات العينية هو رهـن الحيازة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مقتضى عقد الكفالة أن الكفيل يتعهد بـأداء مبلـغ الـدين للدائن إذا لم يوفه له المدين " .

(طعنان رقما ٣٤٨ ، ٣٩٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٢/٢٨)

٢- " استخلاص ما إذا كان الالتزام أصليا - فلا يعتبر الملتزم كفيلا أو التزاما تابعا فيعتبر كفيلا من سـلطة محكمـة الموضـوع ولاسلطان عليها فى ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصها سائغا

---

(١) عبد التفاح عبد الباقى ص ٣٢ - نبيل إبراهيم سعد ص ١١ :

ولايخالف الثابت بالأوراق ولاخروج فيه على المعنى الظاهر لعبارات العقد ".

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٢/١٢/٢٦)

٢ـ الكفالة العينية :

قد يحصل أن يجمع بين نوعى التأمينات ، الشخصية والعينية معا لإيجاد نوع مختلط هو الكفالة العينية ، بأن يقدم شخص يقال له الكفيل العينى شيئا مملوكا له ضمانا لدين على آخر ، بترتيب رهن حيازة أو رهن رسمى على هذا الشئ ، فهو كفيل ، لأنه تدخل لضمان دين على آخر ، ولكنه قدم ضمانا عينيا للدائن ، ولا يكون مسئولا إلا بمقداره ، فلا يسأل فى أمواله الشخصية كالكفيل الشخصى [١].

٣ـ أهمية الكفالة :

للكفالة أهمية كبرى فى العمل . إذ هى تؤدى وظيفة اقتصادية للدائن والمدين معا ، فهى إذ تمنح الدائن الأمن والأمان ، توفر للمدين الثقة والائتمان وتمكنه من الحصول على ما هو فى حاجة إليه من مال ، بيد أنه يلاحظ أن أهمية الكفالة قلت الآن عن أهميتها

---

(١) الدكتور محمد كامل مرسى شرح القانون المدنى التأمينات الشخصية والعينية تنقيح المستشار محمد على سكيكر والمستشار معتز كامل مرسى طبعة ٢٠٠٥ ص ١٩ .

فى القدم ، ويرجع ذلك إلى تغلب الائتمان العينى علـــى الائتمـــان الشخصى ، لاسيما فى المواد المدنية .

هذا وإذا كانت الكفالة تؤدى خدمات لكل من الدائن والمدين فهى بالنسبة للكفيل تنطوى على خطورة بالغة، إذ هو غالبا ما يضـــطر إلى وفاء التزام المدين من ماله الخاص ثم لايجد عند رجوعه عليه شيئا . ولذلك قيل بحق إن الضامن غارم .

وقد كان لهذا أثره فى تنظيم المشرع لعقد الكفالة حيث يحرص عادة على أن يحيط الكفيل بطائفة من الضمانات والدفوع التى تحـــد من التزامه وتخفف العبء الواقع عليه ، كاشتراط إثبـــات الكفالـــة بالكتابة وعدم التوسع فى تفسيرها وحق الكفيل فى الـــدفع بتجريـــد المدين أو الدفع بتقسيم الدين بينه وبين بقية الكفلاء أو بإبراء ذمتـــه من الكفالة بقدر ما أضاعه الدائن بتقصيره من التأمينات [١].

٤- خصائص عقد الكفالة :

يتميز عقد الكفالة بالخصائص الآتية :

(أ) - عقد الكفالة عقد رضائى :

فيكفى لانعقاده صحيحا توافر الإيجاب والقبول ، فلا يشترط فيه أى شكل خاص . ولاينال من ذلك أنه يجب أن يكون الرضا بالكفالة صريحا – كما سنرى – لأن ذلك لا يـــؤثر فـــى طبيعـــة الكفالـــة

---

(١) الدكتور محمد على إمام التأمينات الشخصية والعينية – مطبعة نهضـــة مصر ص ٢٢ .

الرضائية ، طالما لم يقيد وروده شكل خاص ، فقد يــأتى كتابــة او شفاهة أو بأى شكل آخر . ولايغير من ذلك- كمــا ســنرى - مــا تقضى به المادة (٧٧٣) مدنى من أن الكفالة لاتثبت إلا بالكتابــة ، إذ الكتابة مشروطة لإثبات العقد وليست لصحته .

(أنظر شرح المادة ٧٧٣) .

(ب)- الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصى :

الكفالة التزام شخصى للكفيل يضاف إلى التزام المدين ، أى أنها تمنح الدائن ضمانا شخصيا بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفاء هذا الأخير بالتزامه . وبذلك يكون كل مــن المــدين والكفيل مسئولا مسئولية شخصية فى جميع أمواله عن الوفاء بالتزام المدين ، مع مراعاة أن مسئولية الكفيل مسئولية احتياطية ، أى عند عدم وفاء المدين بالتزامه .

ويترتب على اعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصــى أنها لا تجنب الدائن تماما مخاطر الإعسار لأنها وإن كانت تجنبــه مخاطر إعسار مدينه إلا أن هذا الاحتمال مازال قائما أيضا بالنسبة للكفيل . غير أنه فى الوقت الحاضر ، بعد شيوع استخدام الكفالة ، أصبح الضمان الذى تقدمه الكفالة أكثر أمانا خاصــة بعــد تــدخل البنوك والمؤسسات المالية الأخرى لتقــدم ضــمانها للمشــروعات وللأفراد للحصول على الائتمان اللازم [1].

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١٢ - سمير عبد السيد تناغو ص ١٩ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان خطاب الهيئة العليا للأدوية يتضمن ضمان المؤسسة العامة لتجارة وتوزيع الأدوية لدين البنك - الطاعن - المترتب فى ذمة المطعون ضده - المستورد للأدوية - بسبب الاعتماد المستندى المفتوح له من البنك المذكور فإن هذا الخطاب يكون قد تضمن كفالة شخصية من هذه المؤسسة لدين البنك وهذه الكفالة لاينقضى بها الدين المكفول " .

(طعن رقم ٨٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٢)

٢- " النص فى المادة ٧٧٢ من القانون المدنى على أن " الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " يدل على أن الكفالة ترتب التزاما شخصيا فى ذمة الكفيل مما مؤداه أن التزام الكفيل لا ينقضى بموته وإنما يبقى هذا الالتزام فى تركته وينتقل إلى ورثته ".

(طعن رقم ١٥٠٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٧/٣/٢)

(ج)- الكفالة عقد تابع :

الغرض من الكفالة هو ضمان الوفاء بدين من الديون . ولذلك فهى تتبع هذا الدين ، وهذه هى خصيصة التأمينات بأنواعها المختلفة الشخصية منها والعينية . فالتزام الكفيل يتبع التزام المدين فى وجوده وصحته . فلا تنشأ الكفالة إلا إذا وجد التزام أصلى .

ولا يكون التزام الكفيل صحيحا إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا.

وفكرة التبعية هى التى تحكم كذلك آثار الكفالة كما سنرى . فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل أن يرجع على المدين (م٧٨٨/١) ، ولايجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين (م٧٨٨/٢) . أى أن التزام الكفيل يتبع التزام المدين فى وجوده وصحته وآثاره وانقضائه ، وفكرة التبعية تجعل الكفيل فى مركز أفضل من مركز المدين ، وهذا أمر طبيعى لأن المدين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " التزام الكفيل - متضامنا كان أو غير متضامن - هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلى ، وذلك على خلاف المدين المتضامن مع مدينين آخرين ، فإنه يلتزم التزاما أصليا مع سائر المدينين ، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده كان كفيلا للمدين الأصلى فى تنفيذ التزام هذا الأخير قبل الشركة الطاعنة ، ولم يكن مدينا أصليا معه فى هذا الالتزام ، فإن الحكم المطعون فيه- إذ أجرى أحكام الكفالة على التزام المطعون ضده - لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٦٩٠ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٥)

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٢٠ ومابعدها - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٧ ومابعدها .

٢ - " التزام الكفيل - متضامنا أو غير متضامن - يعتبر التزاما تابعا لالتزام المدين الأصلى ، فلا يسوغ النظر فى إعمال أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت فى التزام المدين الأصلى ".

(طعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٨)

٣- " المقرر وفقا لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانونى فتعتبر كفالة مصدرها القانون وليس العقد ".

(طعن رقم ٦٧٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٨٢/١/١٤)

٤- " التزام الكفيل متضامنا كان أو غير متضامن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلى فلا يقوم إلا بقيامه ".

(طعن رقم ١٧١٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١/٤)

٥ - " مفاد نص المادة ٧٧٢ من القانون المدنى أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن يلتزم فيه الكفيل شخصيا بوفاء الدين عند حلول أجله إذا لم يوفه المدين ، ولازم ذلك أن التزام الكفيل متضامنا أو غير متضامن ليس التزاما أصليا وإنما التزام تابع للالتزام المكفول بحيث إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاما أصليا فإنه لايكون كفيلا بل مدينا أصليا التزامه مستقل عن التزام المدين " .

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٢/١٢/٢٦)

د- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد :

الأصل أن عقد الكفالة فى جوهره من العقود الملزمة لجانب واحد وهو الكفيل، وذلك بالنظر إلى علاقته بالدائن الذى لايلتزم بشئ قبله .

ولايغير من طبيعة عقد الكفالة واعتباره عقدا ملزما لجانب واحد أن القانون قد يفرض على الدائن بعض الالتزامات . ومن ذلك ما يأتى :

(أ) – التزام الدائن بتسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع (مادة ١/٧٨٧) وإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل (مادة ٢/٧٨٧ مدنى) .

(ب) التزام الدائن بالمحافظة على التأمينات التى تضمن الحق بجانب الكفالة وإلا وجب أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات (مادة ٧٨٤ مدنى) .

(ج) التزام الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل له وإلا وجب أن تبرأ ذمة الكفيل ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا (مادة ٧٨٥ مدنى) .

غير أن هذه الالتزامات ليس من شأنها أن تغير من اعتبار العقد ملزما لجانب واحد ، فهى لاتنشأ عن عقد الكفالة ذاته وقت إبرامه ، وإنما تتولد بعد انعقاده بناء على سبب لاحق لقيامه ، لأنه يجب عند

التفرقة بين ما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد أو لجانبين النظر إلى وقت تمامه[١] .

(هـ) - الكفالة من عقود التبرع :

الأصل أن الكفالة من عقود التبرع بالنسبة للكفيل لأنه يلتزم بالضمان قبل الدائن دون مقابل إلا أن صفة التبرع ليست من جوهر الكفالة أو مستلزماتها ، فلا مانع من أن يطلب الكفيل مقابلا لتدخله بالضمان .

وهذا ما يحدث دائما إذا ما قام بالكفالة أحد البنوك وبذلك تكون الكفالة من عقود المعاوضات ، إذ لايكون التزام الكفيل نحو الدائن فى هذه الحالة بقصد التبرع .

ولبيان ما إذا كانت الكفالة من عقود التبرع أم من عقود المعاوضة ، يجب النظر إليها دائمافى صلة طرفيها (الدائن والكفيل). فإذا كان الكفيل يلتزم قبل الدائن دون مقابل كان تبرعا ، وإذا ما التزم الدائن بإعطاء الكفيل مبلغا فى مقابل تدخله بالضمان كان العقد معاوضة . ولاينبغى النظر إلى صلة الكفيل بالمدين ، وما إذا كان تدخل الكفيل لإسداء خدمة للمدين أو بمقابل ، إذ لاينبغى إقامة وصف العقد بأنه معاوضة أو تبرع على عناصر خارجة فى صلة

---

(١) محمد على إمام ص ٢٣ ومابعدها- الدكتور رمضان محمد أبو السعود والدكتور همام محمد محمود زهران التأمينات الشخصية والعينية طبعة ١٩٩٨ ص ٣٢ ومابعدها - الدكتور توفيق حسن فرج التأمينات الشخصية والعينية طبعة ١٩٨٤ ص ١١ ومابعدها .

أحد طرفيه بالغير . وبعبارة أخرى لاينبغى أن تنظر إلى علاقة الكفيل بالمدين من حيث ما إذا كان الكفيل متبرعا أو كان تدخله بمقابل لأن هذا لا يظهر أثره إلا بعد وفاء الكفيل وعند الرجوع على المدين [١].

وتختلف الآثار التى تترتب على كون الكفالة تبرعا أو معاوضة. وعلى سبيل المثال ما يأتى :

(أ) الأهلية :

إذا كانت الكفالة تبرعا ، فإنه يجب أن يتوافر فى الكفيل أهلية التبرع ، سواء أبرم العقد بنفسه أو وكل غيره فيه . أما إذا كانت معاوضة فإنه يكفى توافر أهلية التصرف .

(ب) الوكالة فى الكفالة :

إذا كانت الكفالة من أعمال التبرع ، فلا تجوز الوكالة العامة فى إبرامها وإنما يجب وجود وكالة خاصة تتضمن تفويض الوكيل فى إبرام عقد الكفالة مع الدائن ، ويحدد سند الوكالة سعة هذا التفويض بتحديد الدائن الذى يتم التعاقد معه سواء مرة واحدة أو أكثر ومقدار الدين المكفول ، فإذا كان الدين دوريا كالإيجار ، فتحدد مدة الكفالة ، فإذا لم تحدد شملت مدة الإيجار كلها[٢] .

---

(١) توفيق حسن فرج ص ١٢ .

(٢) المستشار أنور طلبه المطول في شرح القانون المدني الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤ الجزء العاشر ص٦٤٠

وقد قضت محكمة النقض بان :

(أ)- " إن الكفالة من عقـود التبرع فيجب عملا بالمادتين ٥١٦ و٥١٧ من القانون المدنى أن يكون بين الوكيل الذى يكفـل الغيـر نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك . فإذا نـص التوكيـل علـى تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ويقـبض مقابل الرهن فإنه يكون مقصورا على الاستدانة ورهن ما يفى الدين من أملاك الموكل . ولايجوز الاعتماد عليه فى أن يكفـل الوكيـل باسم موكله وأن يرهن أطيان الموكل تأمينا للوفاء بالدين " .

(طعن رقم ٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/٤/١)

(ب) " الوكالة عقد ينطوى على تبرع فلا يسوغ إجراؤه بطريق الوكالة إلا بعد إثبات توكيل خاص به (المادة ٥١٦ مدنى) فالتوقيع على عقد الكفالة بناء على توكيل مرخص فيـه للوكيـل بـالإقرار والصلح ، لايصح .

والتوكيل العام فى جنس عمل وإن كان معتبرا بدون نص على موضوع العمل لايسرى على التبرعات (المادة ٥١٧ مدنى) .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٣/٢٥)

(ج)- " إذا تعاقد الشريك المتضامن غير المدير باسم الشـركة مع الغير فى غير أغراضها فإن تعاقده وإن لم يكن ملزما للشـركة إلا أنه يلزمه شخصيا قبل الغير الذى تعاقد معه . وعلى ذلك فـإذا كان الحكم قد قرر مسئولية ذلك الشريك شخصيا عن كفالة عقـدها

منتحلا فيها صفة غير صحيحة وهى أنه مدير للشركة حالة كونه غير مدير لها وليس من أغراض الشركة ضمان الغير فإن الحكم يكون قد أصاب فى القانون ".

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧)

(و) – الكفالة عقد لا يتوسع فى تفسيره :

الكفالة تحمل الكفيل أعباء ثقيلة ، والضامن غارم كما يقولون . وهو فى العمل يتحمل الدين فى نهاية الأمر ، إذ هو غالبا يضطر إلى وفاء الدائن ثم لايجنى شيئامن رجوعه على المدين لأنه معسر. ويترتب على ذلك أنه يجب دائما الأخذ بيد الكفيل ومساعدته بقدر الإمكان ، وذلك بعدم التوسع فى تفسير الكفالة ، بل يجب تفسيرها بكل دقة ، وفى حالة الشك تفسر لصالح الكفيل .

فالكفالة لا تفترض ، كما أنه يجب على القاضى أن يلتزم فى تفسيرها الدقة وعدم التوسع من حيث الدين المضمون وبالنسبة للمدين المكفول وكذلك الوقت المحدد لها .

فالكفالة لا تؤخذ على سبيل الفرض ، ولذلك يجب أن يكون رضاء الكفيل صريحا ، كما أن إثبات الكفالة لايكون إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة .

ولايجوز أيضا التوسع فى تفسير الكفالة من حيث المدين المكفول فمن كفل مدينا لا تمتد كفالته إلى مدين آخر حتى لو جدد الدين بتغيير المدين إلا إذا رضى بذلك (م٣٥٨ مدنى) . وكذلك

فى حالة حوالة الدين المضمون إلى شخص آخر غير المدين لايبقى الكفيل ملتزما قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة (م٣١٨ مدنى) .

والكفيل الذى يضمن المستأجر ليس بضامن للمستأجر من الباطن، ومن يكفل المنتفع لايضمن من تنازل إليه هذا الأخير عن حق الانتفاع .

ومن يكفل شريكا فى الإيجار لاتمتد كفالته إلى الشريك الآخر ولو كان متضامنا معه .

وأخيرا فإنه لايجوز التوسع فى الكفالة بالنسبة للوقت المحدد لها. فقد يشترط الكفيل مدة لقيام الكفالة كما هو الحال فى ضمان الكفيل لالتزام مستقبل مع تحديد مدة تبرأ بعد انقضائها طالما لم ينشأ الالتزام المكفول خلالها ، وكذلك حالة ما يحدد الكفيل أجلا لانقضاء كفالته طالما الدائن لم يطالبه أو يطالب المدين . فإذا حدد للكفالة وقتا على هذا النحو وجب قصرها فى نطاقه ولايصح امتدادها بعد انقضائه وإلا كان هذا توسعا فى التفسير [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" عرف الأستاذان بودرى وڤال الكفالة بأنها " عقد بمقتضاه يكفل شخص من الغير تنفيذ التزام بأن يتعهد بالوفاء إذا لم يقم به المدين نفسه ، على أن يحتفظ بحق الرجوع على هذا المدين " .

---

(١) محمد على إمام ص ٢٩ ومابعدها – محمد كامل مرسى ص ٤٩ .

ولاشك أن هذا التعريف يفضل التعاريف الواردة بالتقنين المصرى أو بالتقنينات الأخرى أو بالمشروع الفرنسى الإيطالى ، لأنه تعريف واف يبرز عناصر الكفالة وخصائصها الأساسية ، وينفى على الأخص كل وجه للخلط بينها وبين التضامن ، إذ هو يبين أن الكفيل يضمن التزام أصلى وأنه يرجع على المدين إذا قام بالوفاء. ولذلك اتخذ المشروع من هذا التعريف أساسا للتعريف الوارد بالمادة . على أنه مع ذلك أدخل عليه أربعة تعديلات : (١) أضاف أن الكفيل يتعهد للدائن ، وذلك ليشعر بأن الكفيل يلتزم مباشرة قبل الدائن ، وأن الكفالة تتم بمجرد توافق إرادتى الدائن والكفيل ، دون حاجة لرضاء المدين بها مقدما . (٢) حذف عبارة " من الغير " واكتفى بأن يقرر أن الكفيل شخص يضمن تنفيذ التزام . وذلك منعا لكل التباس ، لأنه إذا كان صحيحا أن الكفيل هو من الغير بالنسبة للالتزام الأصلى القائم بين الدائن والمدين ، إلا أنه بالنسبة لعقد الكفالة هو طرف فيه . (٣) استبدل بعبارة " الكفيل يقوم بالوفاء إذا لم يؤده المدين " ، وهى العبارة ذاتها التى استعملها التقنين المصرى (م٤٩٥/٦٠٤) ، عبارة عامة تقرر أن الكفيل يضمن تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن "بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه ". وطبقاً لهذه العبارة العامة يمكن أن ترد الكفالة ، كما قال بحق الاستاذ دوهلتس ، على أى التزام مهما كان نوعه ، مادام يمكن تقديره نقدا أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات . (٤) حذف العبارة الأخيرة . " أن يحتفظ بحق الرجوع على المدين " ، لأن

حكمها مفهوم بداهة من سياق النصوص ، مادام المشروع يعــرض لرجوع الكفيل على المدين ويحدد شروطه ومداه "[١] .

٥ ـ أنواع الكفالة أو مصادرها :

تتنوع الكفالة أو تتنوع مصادرها إلى ثلاثة أنــواع أو مصــادر هى :

١- الكفالة الاتفاقية :

الكفالة الاتفاقية هى التى يتفق فيها الدائن مع المــدين علــى أن يقدم له كفيلا كما إذا اتفق المقرض مع المقترض على تقديم ضامن يكفله . فالكفالةهنا تكون اتفاقية لأن المدين يلتزم بتقديمها بناء على الاتفاق.

وقد يكون تعهد المدين بتقديم كفيــل صــريحا ، كمــا يجــوز استنتاجه من ظروف الاحوال . فمثلا قــد يعقــد الــدائن القــرض والكفالة فى وقت واحد أو بورقة واحدة بحيث يستفاد من ذلك أنــه ما كان يقبل إقراض المدين بغير الكفالة ، ومن ثم يمكن القول بــأن المدين قد التزم بتقديم كفيل [٢].

٢- الكفالة القانونية :

تكون الكفالة قانونية إذا كان مصدر الكفالة هو القانون ، وذلــك فى الحالات التى يلتزم فيها المدين بتقديم كفيل بنــاء علــى نــص القانون .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٢١ ومابعدها .

(٢) محمد على إمام ص ٣٨ .

ومن أمثلة ذلك :

١- ما تقضى به المادة (٤٥٧) مدنى من **إلزام البـائع بتقـديم كفيل** إذا أراد أن يستوفى ثمن المبيع بالرغم من قيام حق للمشـترى فى حبسه .

٢- ما تقضى به المادة (٦٠٥) مدنى من إلزام المؤجر أو مـن انتقلت إليه ملكية العين **المؤجرة بتقديم تـأمين للمسـتأجر** إذا أراد إخراجه قبل أن يتقاضى التعويض المستحق .

٣- ما تقضى به المادة (١٠١٠) مدنى من إلزام المحكر فـى حالة فسخ الحكر أو انتهائه أن يقدم للمحتكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق فى ذمته إذا أمهلته المحكمة فى دفعه .

ويلاحظ فى الكفالة الاتفاقية أو القانونية ، أن وصف الكفالـة أو نوعها لا يتغير لمجرد أن المدين الملتزم بتقديمها بحكم الاتفـاق أو نص القانون تأخر فى ذلك فاضطر الدائن أن يلزمه بتقـديمها عـن طريق القضـاء . فصدور حكم بشأنها لايمنع أن مصـدر الالتـزام بتقديمها هو الاتفاق أو القانون ، لأن كل ما جاء به الحكم هو تقرير أنها واجبة بناء على الاتفاق أو القانون [١].

٤- ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ١/١٧٤ عن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، إذ تقضى بأن : " يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا

---

(١) محمد على إمام ص ٣٩ .

منه فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها " – فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن لتابعه .

(راجع فى التفصيل شرح المادة ١٧٤) .

٣- الكفالة القضائية :

إذا كان مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو حكم القاضى فإن الكفالة توصف بأنها قضائية ، ومن أمثلة ذلك:

(أ) حالات الحكم بالنفاذ المعجل إذ قرن القاضى الحكم بتقديم كفالة وكان فى سلطته أن يقرر ذلك أو لايقرره ، طبقا لما تقضى به المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات من أنه : "يجوز الأمر بالنفاذ المعجل بكفالة أو بغير كفالة فى الأحوال الآتية ... " . أما إذا كان النفاذ المعجل واجبا بحكم القانون وكذلك الكفالة واجبة بحكم القانون كما هو الشأن فى الأحكام الصادرة فى المواد التجارية . فإن الكفالة تكون قانونية وليست قضائية ، إذ لا سلطة القاضى فى تقريرها (م٢٨٩) من قانون المرافعات .

(ب) – ما تنص عليه المادة ٨٢٩ مدنى – الواردة فى الشيوع- من أنه :

"١- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا ، فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ولمن

خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان .

٢- وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير ، ولها بوجه خاص أن تعطى المخالف من الشركاء **كفالة تضمن الوفاء بما يستحق من التعويضات** ".

(ج) ما تنص عليه المادة (٩٠٠) مدنى - الواردة فى تسوية ديون التركة - من أنه :

"١- يسلم المصفى إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة .

٢- ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا ، بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التى لايحتاج لها فى تصفية التركة ، أو أن يتسلموا بعضا منها وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها ".

٦- أهمية التفرقة بين أنواع أو مصادر الكفالة الثلاثة :

تبدو أهمية التفرقة بين أنواع أو مصادر الكفالة الثلاثة فيما تنص عليه المادة ٧٩٥ مدنى من أنه : " فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين " .

أما الكفلاء فى الكفالة الاتفاقية فلا يفترض التضامن بينهم ، بل لابد من الاتفاق عليه صراحة حتى يوجد .

٧ـ أركـــان الكفالة :

الكفالة كعقد من العقود الرضائية تتم بإيجاب وقبـــول . ويتجـــه رضا الكفيل فيها إلى التزامه بضمان الدين المكفول . ويكون سبب رضاه بذلك غالبا الحصول من الدائن على قرض للمدين أو مد أجل دين سابق ثابت فى ذمة المدين . فلا بد من أن تتوافر فى الكفالـــة أركان العقد بوجه عام وهى ثلاثة : الرضا والمحل والسبب.

ركن الرضا فى الكفالة :

٨ ـ طرفا الكفالة :

طرفا الكفالة هما الدائن والكفيل فتنعقد الكفالة بمجـــرد توافـــق إرادتيهما عليها، ودون حاجة إلى رضا المدين لأنه ليس طرفا فيها . لكن لابد فى انعقادها من تراضى طرفيها ، فلا يكفى رضا الكفيـــل وحده ، بل لابد فيه من رضا الدائن أيضا ولو رضاء ضمنيا ويعتبر اتخاذ الدائن الإجراءات ضد الكفيل متضمنا رضاه بالكفالة(١) .

وتجوز كفالة شخص واحد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عقـــد معين فى ذمة عاقديه كليهما ، فينعقد عقد الكفالة فى هذه الحالة بين الكفيل من جهة وكل من طرفى ذلك العقد بوصف كل منهما دائنـــا للآخر بمقتضى العقد المذكور المبرم بينهما .

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى تنقـــيح المستشار أحمد مدحت المراغى طبعة ٢٠٠٤ الجزء العاشـــرص ٦٢- سليمان مرقس ص ٣١ .

وإذا عقدت الكفالة لمصلحة المدين ، كما هو الغالب فيها ، فإن ذلك لايجعل المدين طرفا فيها ، وغاية الأمر أنه يجعله فى مركز المنتفع من اشتراط لمصلحة الغير ، ففى جميع الأحوال لايحتاج فى انعقاد الكفالة إلى رضا المدين .

وقد ذهبت المادة ٧٧٥ مدنى إلى أبعد من ذلك حيث نصت على أنه " تجوز كفالة المدين بغير علمه ، وتجوز أيضا رغم معارضته ".

(أنظر شرح المادة ٧٧٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الكفالة يمكن أن ترد على أى التزام متى كان صحيحا وأيا كان نوعه أو مصدره مادام يمكن تقديره نقدا أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات ، وليس فى أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد فى ذمة عاقديه كليهما بأن يتعهد لكل منهما بأن يفى له بالتزام المتعاقد الآخر فى حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به ، وفى هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائنا للآخر بالالتزامات المترتبة له فى ذمته بمقتضى العقد الأصلى المبرم بينهما " .

(طعن رقم ١٩٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١٧)

٩ـ الشرط الأول :

شرط الرضاء : التعبير عن الإرادة :

يشترط فى رضا الطرفين فى عقد الكفالة ما يشترط فى سائر العقود ، وبوجه خاص أن يتم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين سليمتين صادرتين من طرفين حائزين على الأهلية اللازمة .

وينطبق كل ذلك وبخاصة فيما يتعلق بعيوب الرضا القواعد العامة فى العقود والالتزامات .

وأهم عيوب الإرادة هى الإكراه والتدليس والغلط . والمشاكل التى يمكن أن تثور عملا بصدد التدليس أو الإكراه هى أن يصدر أى منهما من المدين ، ويعتبر فى هذه الحالة صادرا من شخص أجنبى عن العقد ، ويسرى حكم المادتين ١٢٦ ، ١٢٨ مدنى ، وهما تقرران أن المتعاقد المدلس عليه أو المكره ، لايجوز له طلب إبطال العقد ، مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس .

أما بالنسبة للغلط فإن أهم ما يمكن أن يثيره من مشاكل فى العمل ، هو أن يقع الكفيل فى غلط يتعلق بشخص المدين والقاعدة أن الغلط يعتبر جوهريا ويجوز طلب إبطال العقد . وكذلك قد يكون الغلط فى صفة جوهرية فى الالتزام المكفول كأن يكون قد اعتقد أن الدين المكفول ثمن بيع عقار مضمون بامتياز البائع فإذا به دين عادى .

ويستند طلب الإبطال إلى ما تقضى به المادة ١٢١/ب مدنى من أن يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط .

٢- ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص .

(ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أوفى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد "[1].

ويمكن القول بأن الكفالة قد عقدت بالإكراه إذا حمل الزوج زوجته بماله من شوكة عليها أن تكفله فى دين كبير وهى تعلم أن زوجها لايستطيع وفاء هذا الدين ، وذلك إذا كان الدائن الذى أبرم الكفالة مع الزوجة يعلم أو يستطيع أن يعلم بما شاب رضاء الزوجة من إكراه نتيجة لضغط زوجها [2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن جسامة الخطر الذى ينشأ عنه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسى للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهذا يستدعى مراعاة حالته عملا بالمادة ١٣٥ عن القانون المدنى[3] . فإذا كان الكفيل قد دفع ببطلان الكفالة للإكراه قولا منه بأنه كان له فى ذمة المكفول له دين

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٦٩ ومابعدها .

(٣) تقابلها المادة ١٢٧ من القانون الجديد ، وتنص فقرتها الثالثة على أنه : "يراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه ".

بسند مستحق وقت الطلب فضاع منه السند فلجأ إلى مدينه ليكتب له بدلا منه فأبى إلا إذا وقع هو له إقرارا بكفالة أخيه فى دين له قبله فلم يجد مناصا من القبول ، فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر فى إرادة الكفيل ، وهو رجل مثقف خبير بالشئون والمعادلات المالية ، إلى الحد الذى يعيب رضاءه بكفالة أخيه ، فهذا رد سديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند ، بحكم كونه واقعة لا يد للمكفول له فيها ، لا يكون الإكراه المبطل للعقود ، فهذا تزيد منه لايعيبه أن يكون قد أخطأ فيه " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/١)

١٠ـ الشرط الثانى :

أن يكون رضاء الكفيل صريحا :

الأصل فى التعبير عن الإرادة أن يكون صريحا أو ضمنيا (م٩٠ مدنى) .

غير أن القانون الفرنسى نص فى المادة (٢٠١٥) منه على أن الكفالة لا تفترض ويجب أن تكون صريحة " . وقد فسر الفقه والقضاء هذا النص بأن المقصود به إنما هو رضا الكفيل بالكفالة ، فلا يصح أن يفترض ويجب أن يعبر عنه تعبيرا صريحا ، وذلك لخطورة الالتزام الذى تنشئه الكفالة فى ذمة الكفيل . أما الدائن فلا ضرر عليه من الكفالة ، وإذن فلا حاجة إلى أن يكون التعبير عن قبوله الكفالة صريحا.

ولم يرد فى التقنين المصرى القديم نص يقابل المادة (٢٠١) مدنى فرنسى ، ولكن الفقه والقضاء جريا عندنا أيضا على اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا[١]. ولم ير المشرع داعيا إلى النص على ذلك فى التقنين الحالى اكتفاء منه ببيان قصده فى مذكرة المشروع التمهيدى حيث جاء بها " ... والواقع أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع... "[٢] .

ولايقتضى اشتراط التعبير الصريح استعمال ألفاظ معينة كلفظ الكفالة والضمان ، بل يكفى استعمال أى لفظ يدل دلالة صريحة على استعداد الشخص لأن يفى الدين إذا لم يف به المدين .

غير أنه لايجوز استنباط إرادة الكفيل استنباطا إذا لم تكن واضحة صريحة . فإذا وضع شخص إمضاءه إلى جانب إمضاء المدين .

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٣ – سمير عبد السيد تناغو ص ٣٦– السنهورى ص ٦٤ وهامش (٣) – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٤ ومابعدها – محمد على إمام ص ٤٨ ومابعدها – وعكس ذلك رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص٥٨ ومابعدها – فيريان تطبيق القواعد العامة ، ومن ثم يجوز أن يكون تعبير الكفيل عن إرادته ضمنيا طالما أنه لم يرد نص فى القانون يقضى بغير ذلك ولم يتفق الطرفان على أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٢٦ .

فلا يصح أن يستخلص من ذلك أنه قصد الكفالة لأن مجرد وضع إمضائه على الورقة لا يعتبر تعبيرا صريحا عن نية الكفالة ويحتمل أن يكون قد قصد به مجرد الشهادة . ومجرد توصية شخص للدائن بأن يثق بمدينه لأن هذا المدين ملئ ولأنه يبادر إلى تنفيذ التزاماته ، ولو كانت هذه التوصية قد أتت بعد سؤال الدائن هذا الشخص عن حالة المدين لاتعد تعبيرا صريحا ، إذ لابد من أن يرضى هذا الشخص بكفالة المدين رضاء واضحا وأن يعقد مع الدائن عقد كفالة[1].

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر توافر التعبير الصريح عن نية الكفالة أو عدم توافره .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا قضت المحكمة بأن الكفالة المعطاة لشخص عندما يرسو عليه مزاد استئجار أطيان إنما كانت عن إيجار هذه الأطيان المعينة التى لم يتم استئجارها، وأنها لاتنسحب على إيجار أطيان أخرى تم استئجارها من صاحب الأطيان الأولى ، فلا شأن لمحكمة النقض بها متى كانت قد أوردت فى أسباب حكمها الاعتبارات التى رأت أنها هى التى حملت الكفيل على الكفالة المقدمة ، وأبرزت ما بين عملية الإيجار التى تمت والعملية التى لم تتم من مغايرة ، وكان ما انتهت إليه من ذلك غير متعارض مع عبارات عقد الكفالة " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١١/٣٠)

---

(١) السنهورى ص ٦٢ – سليمان مرقس ص ٣٣ ومابعدها .

١١- سبب الكفالة :

السبب - طبقا للقواعد العامة - هو الباعث الدافع للتعاقد لامجرد الغرض المباشر المقصود فى العقد فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع كان العقد باطلا متى كان المتعاقد الآخر يعلم به أو كان فى استطاعته أن يعلم به أما إذا كان الباعث غير المشروع الذى دفع إلى التعاقد غير مذكور فى العقد ولم يكن الطرف الآخر يعلم به أو من السهل عليه تبينه فإن العقد يكون صحيحا .

وتطبيق هذه المبادئ فى حالة الكفالة مؤداها أن سبب التزام الكفيل ليس هو نية التبرع بالضمان للدائن - كما تقول النظرية التقليدية على أساس أن الكفالة من عقود التبرع - وإنما هو الباعث الذى دفع الكفيل إلى التعاقد ، وهو فى الغالب الرغبة فى إسداء خدمة إلى المدين . فإذا كان الباعث الذى دفع الكفيل إلى التعاقد غير مشروع لأنه يتنافى مع النظام العام أو الآداب كانت الكفالة باطلة بشرط أن يكون الطرف الآخر على علم بهذا الباعث أو كان فى إمكانه أن يعلم به . ويتحقق ذلك مثلا فى حالة ما يكفل شخص دينا تلتزم به خليلته حتى تستمر فى علاقتها غير الشرعية به .

وهناك من الفقهاء من يعتبر الكفالة تصرفا مجردا يقع صحيحا بغض النظر عن سببه أى يكون صحيحا ولو لم يكن له سبب أو

كان سببه غير مشروع . ومن الواضح أن هذا الرأى لايستند إلى أساس من نصوص القانون ومن ثم لايمكن التسليم به (١).

١٢- الوعد بالكفالة :

إذا وعد شخص الدائن بكفالة المدين فى التزام ما وقبل الدائن منه هذا الوعد ، فإنه ينشأ عقد وعد بالكفالة . وتنطبق على الوعد بالكفالة القواعد العامة الواردة بالمادتين ١٠١، ١٠٢ من التقنين المدنى . وعلى ذلك يجب لقيامه أن تحدد المسائل الجوهرية لعقد الكفالة وعلى الأخص الالتزام الموعود بضمانه ، كما يجب كذلك تحديد مدة لقيام عقد الكفالة .

ونظرا لأن الكفالة عقد رضائى يتم بمجرد تلاقى الإرادتين دون حاجة إلى شكل خاص ، فإنه بمجرد حصول القرض من الدائن يعتبر الموعود له قد قبل الكفالة ومن ثم ينقلب الوعد بالكفالة إلى كفالة تامة دون حاجة لأى إجراء آخر (٢).

وقد يكون الوعد بالكفالة بين المدين والكفيل ، بمعنى أن هذا الأخير يعد الأول بأنه يضمن دينه بينه وبين دائن معين أو سوف يتم تعيينه فيما بعد .

---

(١) راجع فى هذا محمد على إمام ص ٧٤وما بعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٦ ومابعدها .

(٢) محمد على إمام ص ٥٢ .

ويقبل المدين هذا الوعد فيقوم اتفاق بينهما . ويعتبر مثـــل هـــذا الاتفاق متضمنا اشتراطا لمصلحة الغير ، على اعتبار أن المدين قد اشترط على الكفيل أن يقوم بكفالة الدين وذلك لمصـــلحة الـــدائن . فيكون الدائن هو المنتفع من هذا الاشتراط ، وبمجرد قبوله يكون له حق مباشر قبل الكفيل بتنفيذ الكفالة .

ولما كان عقد الكفالة لايثبت إلا بالكتابة أو ما يقـــوم مقامهـــا – كما سنرى – فتسرى هذه القاعدة على الوعد بالكفالة .

مــادة (٧٧٣)

لاتثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتــزام الأصلى بالبينة .

الشــرح

١٣- وجوب إثبات الكفالة بالكتابة :

تنص المادة على أن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة ، ولو كان مــن الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة .

وقد عللت مذكرة المشروع التمهيدى هذا التشــدد فــى إثبــات الكفالة بقولها :

" لم يعرض التقنين المصرى ، جريــا علــى منــوال التقنــين الفرنسى ، لإثبات الكفالة بل تركه للقواعد العامة . أمــا التقنينــات الحديثة (كالتقنين الألمانى م ٦٧٧ والتقنــين السويســرى م ٤٩٣ والتقنين البولونى م ٦٣١) فإنها تتطلب فى بــاب الكفالــة الــدليل الكتابى . والواقع إنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساســا مــن الالتزامــات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع . وقد يكون من العسير بل قد يستحيل أحيانا تعرف طبيعة تدخل الكفيل ، وتحديــد مدى التزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها . ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة ، كما يندر أن يلجأ الدائن فى دعواه

ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة . فلهذه الأسباب قرر المشروع حماية للكفيل عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة .

ويلتزم الإثبات الكتابى حتى لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة "[١] .

والكتابة كما هو واضح من المادة إنما تكون للإثبات لا للانعقاد. فقد رأينا أن عقد الكفالة عقد رضائى .

والتزام الكفيل يجب أن يثبت دائما بالكتابة حتى ولو كان التزام المدين المكفول أقل من النصاب المقرر وجائز إثباته بالبينة .

وأى كتابة تكفى ، فلا يشترط أن تكون رسمية بل يكفى أن تكون عرفية ، سواء كانت فى محرّر مستقل أو مع العقد الذى يبرمه الدائن مع المدين ، كما يصح أن تكون فى رسالة .

ويقوم مقام الكتابة الإقرار واليمين ، كما يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابى أو وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

كما أنه فى حالة الكفالة التجارية يجوز الإثبات بكافة الطرق (م٦٠ من قانون الإثبات) [٢].

وربما يعترض البعض على ذلك بأن الكفيل والتزامه ثابت بالكتابة ، سيضطر دائما إلى الوفاء للدائن فى حين أنه فى رجوعه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٢٦ .

(٢) محمد على إمام ص ٤٥ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٣٦ ومابعدها .

على المدين قد لا يستوفى منه شيئا لعجزه عن إثبات الالتزام الأصلى بشهادة الشهود ويرد على ذلك بأن الكفيل يستطيع تفادى ذلك إما عن طريق التوقيع بالضمان على سند الالتزام ذاته ، أو اشتراط وجود كتابة مثبتة للالتزام ، أو تعليق الكفالة على وجود هذه الكتابة وفى جميع هذه الحالات تكون الكتابة مثبتة للدين الأصلى ، ومثبتة أيضا للكفالة[١] .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويلزم الإثبات الكتابى حتى لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة . وربما يعترض البعض على ذلك بأن الكفيل والتزامه ثابت بالكتابة ، سيضطر دائما إلى الوفاء للدائن فى حين أنه فى رجوعه على المدين قد لا يستوفى منه شيئا لعجزه عن إثبات الالتزام الأصلى بشهادة الشهود . على أن هذا الاعتراض غير جدى فى الواقع لأن الكفيل يستطيع تفادى ذلك إما عن طريق التوقيع بالضمان على سند الالتزام ذاته ، أو اشتراط وجود كتابة مثبتة للالتزام ، أو تعليق الكفالة على وجود هذه الكتابة . وفى جميع هذه الحالات تكون الكتابة مثبتة للدين الأصلى ، ومثبتة أيضا للكفالة "[٢].

---

(١) الدكتور أحمد سلامه دروس فى التأمينات المدنية مكتبة عين شمس ص ٣٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٢٧ .

١٤ـ إثبات رضا الدائن بالكفالة :

إثبات الكفالة بالكتابة على النحو الذى ذكرناه بالبند السابق، لايسرى إلا على إثبات رضا الكفيل وعندما يراد الاحتجاج بالكفالة عليه ، لان اشتراط الكتابة لم يشرع إلا لحمايته .

أما إثبات رضا الدائن فيكون وفقا للقواعد العامة . وكذلك إذا أراد الكفيل إثبات الكفالة للرجوع بها على المدين [١].

ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الاحتجاج بها على الغير ، كما إذا وفى الكفيل الدين وحل محل الدائن فى رهن رسمى مثلا وكان هناك دائن مرتهن تال فى المرتبة[٢] .

واستخلاص ثبوت الكفالة من عدمه مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع .

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٧ – محمد على إمام ص ٤٦ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٠ .

(٢) السنهورى ص ٦٧ .

مـادة (٧٧٤)

إذا التزام المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصا موسـرا ومقيما فى مصر ، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل ، تأمينا عينيـا كافيا .

الشـرح

١٥ـ الشروط الواجب توافرها فى الكفيل :

أوجب النص أن تتوافر فى الكفيل عدة شروط ، سـواء كـان الكفيل اتفاقيا أو بمقتضى نص فى القانون أو حكـم صـادر مـن القضاء ، لأن الالتزام بتقديم كفيل أيا كان مصدره ليس سوى وسيلة يقصد بها تحقيق غاية معينة وهى ضمان الوفاء بالالتزام الأصلى ، فيجب أن يتوفر فى الوسيلة ما يضمن تحقيق هذه الغاية [١].

وهذه الشروط تخلص فيما يأتى :

الشرط الأول :

يسار الكفيل :

المقصود باليسار أن يكون للكفيل من الأموال ما يكفى للوفـاء بالالتزام الذى يتقدم لضمانه .

وليس لنوع هذه الأموال اعتبار ، فسـواء كانـت منقـولات أم عقارات ، وسواء كانت حقوقا عينية أم شخصية أم حقوقا أدبيـة أو فنية أو صناعية[٢] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٨ ومابعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٠ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ٣٢ .

ولايدخل فى الاعتبار عند تقدير يسار الكفيل إلا أمواله القابلة للحجز ، أما يملكه الكفيل ولايجوز الحجز عليه ، فلا يدخل فى الاعتبار [١].

ويقع عبء إثبات يسار الكفيل على المدين، ولايدخل الكفيل فى المنازعة الخاصة بمدى اقتداره ، بل يظل بعيدا عنها . فعلى المدين أن يثبت أن للكفيل أموالا عقارية أو منقولة كافية للوفاء بالدين .

وللدائن من ناحية أن ينازع فى هذا الإثبات بأن يقدم الدليل على أن هذه الأموال متنازع عليها أو بعيدة يسهل تهريبها أو إخفائها أو أنها مثقلة بحق عينى ، فيستبعد هذا المال المثقل بهذا التأمين من نطاق الأموال التى ينظر إليها فى تقدير يسار الكفيل [٢].

وتقدير كفاية أموال الكفيل للوفاء بالتزامه ، أى معرفة يساره ، من المسائل الموضوعية التى تخضع لتقدير قاضى الموضوع ، وهو ينظر فى ذلك إلى حالة الكفيل العامة على ضوء قيمة الالتزام المكفول[٣] .

---

(١) الدكتور محمد لبيب شنب الوجيز فى التأمينات العينية والشخصية ص ٢٥٤ .

(١) رمضان أبو السعود وهمام زهران ص ٤٩ ومابعدها .

(٢) توفيق حسن فرج ص ٢٠ – عبد التفاح عبد الباقى ص ٥١ .

ولم يشترط القانون أن تكون أموال الكفيل موجودة بمصر [١].

وفى رأينا، أنه إذا كان يخشى تهريب الأموال الموجودة خارج مصر أو كان من العسير التنفيذ عليها لأى سبب آخر ، فإن شرط اليسار ينتفى من جانب الكفيل [٢].

الشرط الثانى :

أن يكون الكفيل مقيما فى مصر :

اشترطت المادة أن يكون الكفيل مقيما فى مصر .

والمقصود بالإقامة فى مصر أن يكون للكفيل موطن فيها ، فالإقامة العارضة للكفيل فى مصر لاتعد موطنا له وبذلك لايتحقق الشرط . ويكفى أن يكون للكفيل موطن فى مصر أيا كان هذا الموطن ، فليس بلازم أن يكون الموطن هو الموطن العام الذى يتحدد بالإقامة المعتادة ، بل يكفى أن يكون للكفيل موطن مختار فى مصر [٣] .

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام زهران ص٥٠ – توفيق حسن فرج ص ٢١– أحمد سلامه ص ٣٥ – وكانت المادة (١١٤١) من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أن : " إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصا مقيما فى مصر ، ولديه فيها من الأموال ما يكفى للوفاء بالالتزام " ، إلا أنه فى لجنة المراجعة لم يظهر أثر لاشراط أن تكون أموال الكفيل فى مصر كما لم تبين السبب فى عدم تضمين النص الحالى لها " مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٢٩ ومابعدها".

(٢) فى هذا المعنى أحمد سلامه ص ٣٥ .

(٣) رمضان أبو السعود وهمام زهران ص ٥١– أحمد سلامه ص ٢٥ ومابعدها .

والحكمة من تطلب هذا الشرط هى مراعـــاة مصـــلحة الـــدائن والتسهيل عليه عند مطالبة الكفيل ومقاضاته .

ويرى البعض – بحق – أن هذا الشرط غير منطقى ، لأنـــه إذا كان المشرع لم يشترط ضرورة أن تكون أموال الكفيل فى مصـــر فقد كان أولى به ألا يشترط ضرورة إقامته بها [١].

الشرط الثالث :

أهلية الكفيل :

يشترط توافر الأهلية فى الكفيل . وهذا الشرط لم تـــنص عليـــه المادة ، لأن المشرع افترضه بداهة لأنه إذا كـــان الكفيـــل نـــاقص الأهلية وبالأولى عديمها لا تكون الكفالة التى يعقدها صحيحة ومـــن ثم لايحصل الدائن على الضمان المنشود من تقديمها .

١٦ـ استبدال الكفيل :

ذكرنا سلفا أن المقصود من الشروط الواجب توافرها فى الكفيل هو أن تحقق الكفالة الغرض المنشود منها وهو ضـــمان الوفـــاء ، ومادام الأمر كذلك فإنه لا يكفى أن تتوافر هذه الشروط عند تقـــديم الكفالة ، بل لابد كذلك أن تظل متوافرة طوال بقائها قائمة مادام أن فواتها يؤثر على الضمان الذى قصد توفيره للدائن . ذلك هـــو مـــا

(١) أحمد سلامه ص ٢٥ ومابعدها .

تقضى به القواعد العامة ، ولذلك لم ير المشرع حاجة للنص عليه[1].

وبناء على ذلك إذا أعسر الكفيل الذى قدمه المدين لأنه كان ملتزما بتقديمه وجب عليه أن يستبدله بآخر ، لأن المقصود من اشتراط تقديم الكفالة هو ضمان الوفاء ومادام الكفيل قد أعسر فإنه يجب استبداله . فكأن شرط الكفالة هو تحقق يسار الكفيل أو اقتداره عند قيام الكفالة واستمراره حتى انتهائها ، فإذا أعسر الكفيل وجب استبداله .

والإعسار قد يكون قديما أى موجودا وقت قيام الكفالة ولكن الدائن يجهله وقد يكون طارئا أى تحقق بعد قيام الكفالة ، وهو يقتضى الاستبدال فى الحالتين . إنما يجب أن يكون كليا ، فإذا كان جزئيا لم يلزم الاسبتدال وإنما يكفى تقديم ضمانات تكميلية وبالطبع فإن موت الكفيل لا يعتبر إعسارا ولايقتضى استبداله ، لأن التركة تبقى محملة بالكفالة .

ويلتزم المدين أيضا باستبدال الكفيل ، إذا فقد بعد الكفالة شرط التوطن فى مصر . فالمقصود من هذا الشرط كما رأينا هو تسهيل مفاجأة الدائن للكفيل ، وهو أمر لا يتحقق إذا لم يصبح له بعد قيام الكفالة موطن فى مصر .

---

(١) وكانت المادة ١/١١٤٠ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أن : " إذا أعسر الكفيل بعد الكفالة وجب تقديم كفيل آخر " .

وبالطبع إذا كان المدين ملتزما بتقديم كفيل معين فإنه لا يلتزم باستبداله بسبب عدم وجود موطن له فى مصر . وكذلك الأمر إذا كان قد قدم كفيلا ليس له موطن فى مصر ومع ذلك قبله الدائن .

أما الشرط الثالث ، وهو وجوب توافر الأهلية اللازمة لعقد الكفالة ، فمن الواضح أنه يلزم عند القيام بالكفالة فقط . لأن نقص أهلية الكفيل أو انعدامها بعد قيام الكفالة لايؤثر فى التزامه .

ومن ثم فتغير أهلية الكفيل بعد انعقاد الكفالة لايصلح سببا لاستبداله (١).

١٧ـ مناط توافر شروط الكفيل :

مناط توافر الشروط التى عرضنا له سلفا فى الكفيل هو فى الحالات التى يلتزم فيها المدين بتقديم كفيل أيا كان مصدر التزامه ، أى سواء كانت الكفالة اتفاقية أو قانونية أو قضائية . أما إذا قدم

---

(١) السنهورى ص ٢٧ – محمد على إمام ص ٤٣ ومابعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٢ – سليمان مرقس ص ٢٦ – وعكس ذلك أحمد سلامه ص٢٦– نبيل إبراهيم سعد ص ٣٤ – فيريان أنه يجب تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ٢٧٣ مدنى التى تقضى بأنه إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا " – ولانرى طبقا لهذا الرأى مانعامن أن يكون الضمان الكافى كفيلا آخر يتوافر فيه شرطا اليسار والإقامة فى مصر .

المدين كفيلا دون أن يكون ملزما بذلك أو تقدم الكفيل للدائن دون علم المدين أو رغم معارضته فإنه لايلزم توافر هذه الشروط .

وفى حالة ما يكون الالتزام بتقديم كفيل مصدره الاتفاق ، إذا لم يقدم المدين الكفالة التى تعهد بها أو قدم كفيلا لم تتوافر فيه الشروط المطلوبة ترتبت للدائن كافة الحقوق التى تقررها القواعد العامة وعلى الأخص الحق فى طلب الفسخ مع التعويض وكذلك اعتبار أن الأجل قد سقط لأن المدين لم يقدم ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات (م٢٧٣ مدنى)[١] .

١٨ ـ بدل الكفالة :

فى الحالات التى يلتزم فيها المدين بتقديم كفيل ، قد يحدث ألا يستطيع المدين تقديم كفيل ، فقد لايجد شخصا يكفله أو قد لايجد شخصا تتوافر فيه الشروط الواجبة . فقد خوله القانون أن يقدم تأمينا عينيا بدلا من الكفيل ذلك أن المادة (٧٧٤) بعد أن قررت أنه: " إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما فى مصر " أضافت " وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا " .

ومن الواضح أن للمدين الخيار فى أن يقدم تأمينا عينيا بدلا من الكفيل ، وليس للدائن أن يعترض على ذلك لأن التأمين العينى أكثر

---

(١) محمد على إمام ص ٤١ .

ضمانا من التأمين الشخصى . ويكون للمدين هذا الخيار فى جميع الحالات التى يلتزم فيها بتقديم كفيل . إذ الغرض من ذلك هو التيسير عليه فى تقديم الضمان عينيا كان أو شخصيا .

ويلزم فى التأمين الذى يقدمه المدين أن يكون كافيا ، ولايهم ما إذا كان عقارا أو منقولا ، ولو كان هذا التأمين الآخر كفالة عينية مقدمة من كفيل آخر ، طالما كان من الممكن ضمان حق الدائن.

ويقدر القاضى كفاية التأمين العينى الذى يقدمه المدين بدلا من الكفالة أو عدم كفايته [1].

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٨ ومابعدها – توفيق حسن فرج ص ٢٣ومابعدها .

مــادة (٧٧٥)

تجوز كفالة المدين بغير علمه ، وتجوز أيضا رغم معارضته .

الشـــرح

١٩ـ كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضته :

تجوز كفالة المدين ، بغير علمه أو رغم معارضته ، وهذا ليس إلا تطبيق للقواعد العامة ، لأن المدين ليس طرفا فى عقد الكفالة ، ومن ثم لايلزم رضاؤه ، فيجوز لأى شخص ولو لم تكن له مصلحة فى ذلك أن يوفى بدين على غيره ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته . وإن صح الوفاء بالالتزام دون علم المــدين أو رغــم إرادته ، فالكفالة فى هاتين الحالتين أدعى إلى الصحة ، لأن الكفالة إن هى إلا تعهد يقبله الدائن بالقيام بهذا الوفاء .

وإذا كان من الجائز أن تنعقد الكفالة بغير علم المدين أو حتــى رغم معارضته ، إلا أن ذلك نادر الحصول عمــلا . لأن الكفيــل لايتقدم عادة للضمان إلا بناء على طلب المدين ورجائه ، فالمــدين هو صاحب المصلحة فى تقديم الكفالة ، إذ قد يتعذر عليه بغيرهــا الحصول على الثقة والائتمان ، ومن ثم يصعب عليه الحصول على ما هو فى حاجة إليه من مال[1] .

وسنرى أهمية حصول الكفالة بطلب المدين أو بعلمــه فقــط أو

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٠ ومابعدها .

رغم معارضته عندما نتكلم عن حق الكفيل في الرجوع على المدين بما وفاه عنه للدائن ..

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هذه المادة مقتبسة من المشروع الفرنسى الإيطالى (م٧١٢) . وهى تقرر الحكم الوارد بالتقنين المصرى (م٤٩٥ فقرة أخيرة / ٦٠٥ فقرة أخيرة) وهو حكم طبيعى تقتضيه القواعد العامة ، مادامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتيهما دون حاجة لرضاء المدين أو علمه . وقد لايكون هناك موجب لايراد النص سوى الرغبة فى بيان أن المشرع المصرى خرج فى هذا الصدد عن أحكام الشريعة الإسلامية (م ٨٦٢ من مرشد الحيران) ، وهى تحرم الكفيل الذى يضمن المدين بدون علمه أو رغم رضاه من حق الرجوع عليه "(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن نص المادة ٤٩٥ من القانون المدنى صريح فى أن الكفالة تقع صحيحة ولو لم يعلم بها المدين فسيان إذن إن كان راضيا أم غير راض ".

(طعن رقم ٣ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/٥/٤)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٤٢ .

مــادة (٧٧٦)

لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا .

الشـــرح

٢٠ـ نوع الالتزام الذى ترد عليه الكفالة :

الكفالة لاتقتصر على الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، بل تضمن جميع الالتزامات الصحيحة أيا كان موضـوعها أى سـواء كـان الالتزام مبلغا من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . فـإن كان محل الالتزام المكفول مبلغا من النقود وجب على الكفيل وفـاء هذا المبلغ. أما إن كان محله عملا أو امتناعا وجب عليه أن يدفع ما عسى أن يحكم به على المدين كتعويض عن الإخلال بالالتزام بعمل أو امتناع عن عمل[١] .

---

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى التأمينات الشخصية والعينية طبعة ١٩٥٠ ص٢٩ – سليمان مرقس ص ٧ – تصريح الدكتور محمد كامل مرسى فى لجنة المرحوم كامل صدقى باشـا بجلسة ١٩٣٨/٣/٢٥ فقد قرر : " إنه يتضح من الأعمال التحضيرية للمادة ٢٠١١ من القانون المـدنى الفرنسى أن هذا النص إنما أريد قصره على كفالة الالتزام بدفع مبلـغ من النقود ، إلا أنه عند مناقشة هذا المشروع عدلت صيغة المادة بحيث أصبحت تشمل فى وضعها الحالى الالتـزام بفعـل شـئ " مجموعـة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص٤٢١ الهامش " – والنص الحالى يفضل بذلك نص المادة (٦٠٤/٤٩٥) من التقنين المدنى القديم الـذى كـان ينص على أن : " الكفالة عقد به يلتزم إنسان بأداء دين إنسان آخر إذا

٢١- وجوب أن يكون الالتزام المكفول صحيحا :

توجب المادة أن يكون الالتزام المكفول صحيحا .

وهذا الحكم إن هو إلا تطبيق للقواعد القانونية العامة . ففضلا عن أن التزام الكفيل التزام تابع يتبع الالتزام الأصلى ، وهو لهذا يأخذ مصيره ، فإن محل التزام الكفيل هو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلى ، فإذا لم يوجد هذا الالتزام أو وقع باطلا ، فإن التزام الكفيل لا يكون له محل ، ومن ثم يقع باطلا [1].

ونفرق فى هذا الصدد بين البطلان المطلق والبطلان النسبى أو القابلية للإبطال .

١ – البطلان المطلق :

إذا كان الالتزام الأصلى باطلا كان التزام الكفيل باطلا كذلك ، أيا كان سبب البطلان سواء كان بسبب انعدام الأهلية أو لمخالفته للنظام العام والآداب ، أو لغير ذلك من الأسباب . ولايثير هذا الأمر أية منازعة ، إذ يكون التزام الكفيل باطلا إذا كان الالتزام الأصلى باطلا ، حتى ولو لم يكن المدين قد طلب البطلان وقضى له به ، حيث يكون لكل ذى مصلحة أن يطلبه .

كان هذا الآخر لا يؤديه .." فيفهم منه أن الكفالة قاصرة على ضمان الالتزام بدفع مبلغ من النقود مع أن المتفق عليه إجماعا أن الكفالة غير قاصرة على ضمان الالتزام بمبلغ من النقود ، كما أوردنا فى المتن .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧١ ومابعدها .

ولما كان الكفيل ذا مصلحة ، فإن له أن يطلب البطلان .

٢- البطلان النسبى أو القابلية للإبطال :

نفرق فى هذا الصدد بين القابلية للإبطال بسبب عيب من عيوب الرضا أو بسبب نقص الأهلية .

ونعرض هنا للقابلية للإبطال بسبب عيب من عيوب الرضا ، أما القابلية للإبطال بسبب نقص الأهلية ، فنحيل فى شأنها إلى شرح المادة (٧٧٧).

فإذا كان العقد قابلا للإبطال لعيب فى الرضا ، فإن الكفالة تكون كذلك قابلة للإبطال أخذا بفكرة التبعية التى تعد من خصائصها الجوهرية . ولما كان العقد القابل للإبطال يرتب آثاره إلى أن يقضى ببطلانه ، فإنه ينبغى أن يراعى أنه إذا ما استقر العقد الأصلى وأصبح نهائيا عن طريق الإجازة أو التقادم ، فإن التزام الكفيل يصير نهائيا كذلك ، أما إذا طلب المدين إبطال العقد الأصلى وقضى له به ، فإن التزام الكفيل ينقضى كذلك بالتبعية . وهو ينقضى بأثر رجعى شأنه فى ذلك شأن الالتزام الأصلى .

ولما كانت المادة ١/٧٨٢ مدنى تقضى بأن للكفيل " أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها على المدين " . فإنه استنادا إلى هذا النص يكون للكفيل أن يطلب إبطال الالتزام الأصلى ، إذا لم يطلب المدين البطلان ، لأنه يستفيد – فضلا عن الدفوع الخاصة به – من الدفوع الخاصة بالمدين نفسه . هذا ما لم يكن الكفيل والدائن قد

قصدا تأمين هذا الأخير ضد طلب المدين إبطال العقد لعيب بإرادته ، بعد علمهما بسبب الإبطال ، إذ فى هذه الحالة لا يكون للكفيل أن يطلب إبطال العقد استنادا إلى هذا السبب (١).

٢٢ـ كفالة الالتزام الطبيعى :

يجمع الشراح فى مصر على أن كفالة الالتزام الطبيعى ابتداء لاتجوز ، وذلك لسببين : **الأول** ، أن الالتزام التابع لايتصور أن يكون أشد من الالتزام الأصلى ، وهو التزام طبيعى .

---

(١) السنهورى ص ٣٦ ومابعدها – توفيق حسن فرج ص ٣١- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٣ – نبيل إبراهيم سعد ص ٦٠ ومابعدها – وعكس ذلك أحمد سلامه ص ٣٨ ومابعدها – فيرى أن المادة ١/١٧٨٢ مدنى قد خولت للكفيل أن يتمسك بالأوجه التى يحتج بها المدين والمدين لايستطيع أن يمتنع عن الوفاء بمثل هذا الالتزام قبل أن يقضىله بإبطاله. وعلى ذلك فالرجوع إلى هذه المادة غير منتج ، ويلزم الرجوع إلى القواعد العامة ، وهى تتيح للدائن أن يستعمل حقوق مدينه بشروط معينة (الدعوى غير المباشرة المادة ٢٣٥) .
ولاتجيز له أن يلجأ إلى طريق الدعوى المباشرة إلا بناء على نص صريح ، وهو مفقود فى حالة الكفيل . وعلى ذلك فيرى أنه إذا سلمنا بأن الكفيل دائن للمكفول- وتلك مسألة صعبة قبل أن يوفى الكفيل- فإنه لايكون لهذا الأخير إلا استعمال الدعوى غير المباشرة ، ولايكون له أن يطلب الإبطال باسمه ولحسابه الخاص . وأنه لعل هذا الاعتبار هو ما دفع القانون المدنى إلى أن يوجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو انقضائه (مادة ٧٩٨) .

والثانى ، أنه لو قلنا إن التزام الكفيل يكون طبيعيا فهذا القـول يعتبر ضربا من العبث ، ويتضاد مع فكرة الكفالة ذاتها التى تقضى بإجبار الكفيل على الوفاء بالدين إذا لم يف المدين به . ولكن هـذا القول ليس معناه عدم إمكان قيام كفالة يكون فيهـا التـزام الكفيـل طبيعيا بعد أن كان مدنيا . فإذا انقضى التزام المدين بالتقـادم ، أو كان دين ناقص الأهلية ولم تتم الكفالة بسبب ذلك . وأبطل فإنه فى الحالتين يشغل ذمة المدين التزام طبيعى وكذلك يكون التزام الكفيل.

وأخيرا إذا قدم المدين بالتزام طبيعى كفيلا وهو يعلم أنه كذلك ، فإنه يمكن حمل مسلكه هذا على أنه اعتراف بالدين ، أو تجديده إلى دين مدنى ومن ثم تكون الكفالة قد تمت بقصد الوفاء بدين مدنى(١).

---

(١) أحمد سلامه ص ٤١- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٨٨ ومابعدها .

مادة (٧٧٧)

من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول .

الشرح

٢٣ـ كفالة ناقص الأهلية :

نفرق فى حكم كفالة ناقص الأهلية بين فروض ثلاثة :

الفرض الأول :

أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو غير عالم بنقص أهليته .

وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفيلا لا مدينا أصليا .

وتسرى عليه أحكام الكفالة . ومن هذه الأحكام أن للكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى . وعلى ذلك يستطيع أن يتمسك الكفيل بقابلية الدين للإبطال . وأن يبطل الكفالة تبعا لذلك . ويكون له التمسك بهذا الدفع ، سواء تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بقابلية دينه للإبطال فأبطله ، أو لم يتمسك بهذا الدفع وأجاز العقد الأصلى القابل للإبطال . فلا يجوز للمدين الأصلى أن يسوئ بعمله أى بإجازته للعقد مركز الكفيل [1].

---

(١) السنهورى ص ٣٩ .

الفرض الثانى :

أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو عالم بنقص أهليته .

فى هذا الفرض يكون التزام المدين قابلا للإبطال ، ويكون التزام الكفيل قابلا للإبطال بطريق التبعية . فإذا تمسك المدين ببطلان التزامه وحكم له بالبطلان ، فإنه يعتبر كأن لم يكن ، وبالتالى يبطل التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن . ولكن إذا لم يتمسك المدين ببطلان التزامه ، فإن الالتزام يظل قائما منتجا لآثاره ، وتظل الكفالة قائمة منتجة لآثارها . وبصفة خاصة لايجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان التزامه (١).

الفرض الثالث

أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته .

وهذا الفرض هو الذى عرضت له المادة ، وهو يقتضى أولا أن يكون الكفيل عالما بنقص أهلية المدين وثانيا : أن تكون الكفالة بسبب نقص أهلية المدين ، أى أن الكفيل ضمن للدائن الوفاء بالدين حتى ولو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل التزامه .

ففى هذه الحالة فإن الكفيل لايحرم من التمسك ببطلان التزامه فحسب ، بل يلزم بالوفاء بالدين إذا تمسك المدين بنقص أهليته وحصل على حكم بإبطال التزامه .

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٤٢ – سليمان مرقس ص ٥٩ – محمد كامل مرسى ص ٤١ ومابعدها .

فالكفيل هنا يعتبر مدينا أصليا ، وهو مدين بـالالتزام الأصـلى تحت شرط واقف هو ألا ينفذ المدين الأصلى هذا الالتزام [١].

ويساند ذلك ما جاء بمذكرة المشروع التمهيـدى عـن هـذا الفرض من أنه :

" ويلاحظ أن التزام الكفيل فى هذه الحالة ليس التزاما تبعيا يستند إلى التزام أصلى ، بل إن الكفيل يلتزم بصفة أصـلية لا باعتبـاره كفيلا . ذلك أن من كفل قاصرا فى عقد وهو عالم بقصـره كـان ضامنا له فى أداء التزامه إذا لم يتمسك القاصر بـبطلان العقـد . وكان مسئولا بصفة أصلية عن أداء الالتـزام إذا تمسـك القاصـر بالبطلان ، كل هذا ما لم يقم دليل على ما يخالفه . هذا وقـد أورد التقنين البولونى فى المادة ٦٢٦ نصا يقرب مـن هـذا المعنـى إذ يقضى بأن من كفل التزاما باطلا بسبب نقص أهلية المدين ، يكون ملزما بتنفيذه كمدين أصلى إذا كان وقت الكفالة يعلم أو كـان مـن الواجب عليه أن يعلم نقص أهلية المدين "[٢].

---

(١) السنهورى ص ٤٠ ومابعدها – سليمان مـرقس ص ٦٠ ومابعـدها – محمد على إمام ص ٧١ – محمد كامل مرسى ص ٧١ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٤٨ ومابعدها – وقـد جـاء بمناقشات لجنة القانون المدنى بمجلـس الشـيوخ (محضـر الجلسـة الخامسة والثلاثين) ما يلى :

" تليت المادة ٨٤٤ التى تعرض لحالة الكفيل الذى يكفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . فالكفيل هنا يكون ملزما بتنفيذ الالتـزام كمـدين أصلى .

فاعترض سعادة الرئيس على المادة من حيث أنها تلزم الكفيل بتنفيـذ الالتزام كمدين أصلى لأنه من الجائز أن يجيز ناقص الأهلية الالتـزام عند بلوغه .

فأجاب معالى السنهورى باشا بأن هذه صورة من الصور الثلاث التـى عرضها على اللجنة عند بدء المناقشة وهذه الصور هى :

١- أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهليته ففى هـذه الحالة يجوز له التمسك بنقص أهليته .

٢- أن يكفل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته ، وفى هذه الحالـة لايستطيع الاحتجاج بنقص الأهلية .

٣- أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ففى هذه الحالة نتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليتـه بصـرف النظر عن إجازته ، وأراد أيضا أن يكفل القاصر ولو أجـاز الالتـزام ولكنه لم ينفذه .

فقال سعادة الرئيس إذا كان هذا هو المقصود من المادة يجب أن نبـرز هذا المعنى فى النص فلا نقول " كان ملزما بتنفيذ الالتزام كمدين أصلى" ولكن نقول " كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول " .

قرار اللجنة :

وافقت اللجنة على هذا الاقتراح وبذلك أصبح نص المادة كما يأتى :

" من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كـان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول " .

ويلاحظ أن نقص الأهلية هنا يشمل القصر الطبيعى وما يلحق به من سفه أو غفلة بعد تقرير الحجر (م ١١٥ مدنى) . أما عدم التمييز أو الجنون أو العته فهو يجعل الالتزام باطلا بطلانا مطلقا(١)

تقرير اللجنة :

رأت اللجنة الأخذ بالتعديل الذى اختاره مجلس النواب واستبدلت فى آخر النص بعبارة " كمدين أصلى " عبارة " إذا لم ينفذه المدين الأصلى " . وقد توخت اللجنة فى ذلك إبراز فكرة أن المدين الأصلى هو ناقص الأهلية وقد يقوم بالوفاء ويكون وفاؤه صحيحا متى تم بعد زوال نقص أهليته أو تم بعد إجازة وليه أو وصيه . ولهذا يكون التعبير الذى اختارته اللجنة أدق فى الإعراب عن المقصود من النص وأصبح رقم المادة ٧٧٧ .

مناقشات المجلس :

وافق المجلس على المادة كما عدلتها اللجنة " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٥٠ ومابعدها) .

(١) أحمد سلامه ص ٣٩ .

مـادة (٧٧٨)

١- تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول ، كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى

٢- على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة ، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ .

الشـــرح

٢٤- جواز الكفالة فى الدين المستقبل :

كفالة الدين المستقبل شائعة فى العمل الآن لأن الدائن يفضل أن يحصل على ضمان لحقه قبل أن يمنح ائتمانه للمدين . ومن الأمثلة على كفالة الدين المستقبل ، كفالة الاعتماد الذى يفتحه البنك لأحد عملائه . فالبنك يفتح لعميله اعتمادا قيمته ألف جنيه مثلا . ويتعاقد فى نفس الوقت مع شخص آخر على ضمان الوفاء بما يسحبه المدين من هذا الاعتماد المفتوح . ودين العميل لاينشأ فى مواجهة البنك إلا من وقت السحب فعلا ، أما قبل ذلك فإنه لايعدو أن يكون دينا مستقبلا . والكفالة توجد لضمان هذا الدين عندما ينشأ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" كفالة الالتزامات الناشئة عن الحساب الجارى هى كفالة لدين مستقبل لايتعين مقداره إلا عند قفل الحساب وتصفيته واستخراج

الرصيد ، ومن ثم فلا تصح هذه الكفالة - وفقا لنص المـــادة ٧٧٨ من القانون المدنى - إلا إذا حدد الطرفان مقدما فى عقد الكفالة قدر الدين الذى يضمنه الكفيل . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التـــزم هذا النظر فى قضائه وانتهى إلى أن العقد المبرم بين الطرفين قـــد تضمن كفالة المدين فى التوريد فى حدود المبلغ الذى تســلمه وقـــد ورد المدين أقطاناً تزيد قيمتها على هذا المبلغ ، ولم يتضمن العقـــد تحديدا لأى مبلغ يكفله المطعون ضده عن رصيد الحساب الجـــارى للعمليات الأخرى مما يجعله غير مسئول عن كفالة هذاالرصـــيد ، فإنه لايكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه .

(طعن رقم ٦٩٠ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٥)

ومثل ذلك أيضا أن يكفل شخص آخر فيما عساه أن يشتريه من بضائع من متجر معين .

وقد أجاز النص كفالة الدين المستقبل بشرط تعيين الحد الأقصى الذى ينتهى إليه الدين .

والسبب فى هذا القيد هو أن الكفيل يتقدم لكفالة دين لم ينشأ بعد ، فلا أقل من تحديد الدين الذى سيكفله حتى لايتورط فى كفالة دين لم يوجد ولم يعلم مقداره . فإذا لم يحدد مقدما المبلغ المكفـــول كانـــت الكفالة باطلة .

ففى المثال الخاص بفتح الاعتماد ، فإن الحد الأقصـــى للـــدين

المكفول هو مبلغ الاعتماد المفتوح ، لأن العميل لايحق له أن يسحب أكثر من مبلغ هذا الاعتماد .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" كفالة الالتزامات المستقبلة أو الشرطية جارية فى العمل ، على الأخص فى عقود الحساب الجارى وفتح الاعتماد . والقضاء والفقه مجمعان على صحتها رغم عدم وجود نص فى التقنين الحالى . وقد رأى المشروع من المناسب أن يسلك بشأنها مسلك التقنينات الحديثة ، فينص صراحة على جواز كفالة الالتزام المستقبل والالتزام الشرطى .

على أنه ، حماية للكفيل ، وهو شخص يتورط عادة دون أن يجنى من وراء كفالته ربحا ما ، قرر المشروع وجوب تحديد مبلغ معين تصح فى حدوده كفالة الالتزام المستقبل ، كما قرر أيضا أن كفالة الالتزام المستقبل التى لأجل غير مدد يجوز الرجوع فيها طالما لم ينشأ الالتزام بعد . والقضاء المصرى يؤيد هذا الاتجاه (أنظر على الأخص استئناف مختلط ٢٣يناير سنة ١٩٠٧ ب ١٩ ص١٠٠ ، ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ ب ٢٦ ص ٧٦).

والمادة ١١٣٦ فى مجموعها تطابق المادتين ٦٢٧ ، ٦٢٨ من التقنين البولونى "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٥٤ ومابعدها – وقد قضى فى ظل التقنين المدنى القديم بأن :

٢٥- الرجوع عن الكفالة فى الدين المستقبل :

لم يشأ المشرع أن يجعل الكفيل ملتزما بكفالة الدين المستقبل إلى ما لانهاية . ولذا قضت المادة بأنه إذا لم تعين مدة الكفالة ، فإن للكفيل أن يتحلل من التزامه إذا هو أخطر الدائن بذلك . وينتج التعبير أثره طبقا للقواعد العامة ، من الوقت الذى يصل فيه إلى علم الدائن . فإذا علم الدائن برجوع الكفيل قبل أن ينشأ الدين كله فلا يكون الكفيل ضامنا لما ينشأ من دين فى المستقبل . وإذا علم الدائن برجوع الكفيل بعد أن نشأ بعض الدين ، فلا يكون الكفيل ضامنا إلا للجزء الذى نشأ دون غيره مما ينشأ فى المستقبل .

ولولا نص المادة (٧٧٨) لطبقت القواعد العامة وهى تؤدى إلى بقاء الكفيل ملتزما ولايحق له الرجوع فى الكفالة .

أما إذا كانت مدة الكفالة محددة ، كمدة سنة مثلا ، فلا يجوز للكفيل أن يرجع فى الكفالة خلال هذه المدة ، فإذا لم ينشأ شئ من الدين أثناءها برئت ذمة الكفيل بصفة نهائية ، وإذا نشأ جزء من الدين فقط فإن الكفيل يضمن هذا الجزء وحده . وليس الحد الأقصى

تجوز كفالة الدين المستقبل طبقاً لأحكام القانون المدنى القديم الذى نشأ الالتزام بالكفالة موضوع النزاع فى ظله ، ولو لم يتعين المبلغ موضوع هذه الكفالة مقدما ، مادام تعيينه ممكنا فيما بعد " .

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/٩)

مبلغ الكفالة ، لأنه لايضمن إلا ما ينشأ من الدين خلال من الكفالة[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لايقبل من ورثة الكفيل قولهم إنهم عدلوا عن كفالة مورثهم للريع المطالب به باعتباره دينا مستقبلا ، لأن الثابت من الحكم المطعون فيه ، أن هذا الدين كان قد نشأ واستحق قبل رفع الدعوى به ، بما ينفى عن كفالته أنها عن دين مستقبل وقت ذلك العدول " .

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/٩)

٢- " إذا عين الكفيل فى الالتزام المستقبل مدة الكفالة فإنه يكون ضامناً لما ينشأ فى ذمة المدين من التزامات خلال هذه المدة بشرط ألا تجاوز هذه الالتزامات الحد الأقصى المتفق على كفالته وإذا كان الطاعن الثانى قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأنه ضمن الديون التى تنشأ فى ذمة الطاعن الأول حتى ... فى حدود مبلغ ... جنيها كما هو ثابت من عقد الكفالة المعقود بينه وبين البنك المطعون ضده فى .... وأن الطاعن الأول قد ورد للبنك خلال تلك المدة أقطانا تزيد قيمتها عن المبلغ المكفول فبرئت ذمته بذلك عن

---

(١) السنهورى ص ٤٥- سمير عبد السيد تناغو ص ٤٦ومابعدها – أحمد سلامه ص٤٢ .

هذا المبلغ وكان الحكم المطعون فيه لم يحقق هذا الدفاع الجوهرى أو يرد عليه فإنه يكون معيبا قاصر البيان ".

(طعن رقم ٣١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٤)

٢٦ ـ كفالة الالتزام الشرطى :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٧٨ على أنه : " كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى " .

ويستوى فى ذلك أن يكون الشرط واقفا أو فاسخا .

وتطبيقا لفكرة التبعية فإن مصير التزام الكفيل يرتبط بمصير الالتزام المكفول . فإذا كان الشرط الذى علق عليه الالتزام المكفول واقفا . فإن التزام الكفيل يكون أيضا معلقا على شرط واقف ، فإذا تحقق الشرط أصبح كل من الالتزام المكفول والتزام الكفيل نافذا ، وإذا تخلف الشرط ، زال كل من الالتزامين فى نفس الوقت . أما إذا كان الشرط الذى علق عليه الالتزام المكفول فاسخا ، فإن كل من الالتزامين يكون نافذا قبل تحقق الشرط ، فإذا تحقق الشرط زال كل من الالتزامين بأثر رجعى (١).

---

(١) السنهورى ص ٤٣ – سمير عبد السيد تناغو ص ٤٧ .

مـــادة (٧٧٩)

١- كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنيا ولو كـــان الكفيـــل تاجرا .

٢- على أن الكفالة الناشئة عـــن ضـــمان الأوراق التجاريـــة ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائمـــا عمـــلا تجاريا .

الشـــــرح

٢٧- كفالة الدين التجارى عمل مدنى :

الأصل هو اعتبار الكفالة عقدا مدنيا وليس تجاريا .

وتظهر أهمية ذلك فى الأحكام المتعلقة بالفائدة القانونية والإثبات والاختصاص .

ويرجع ذلك إلى أن الكفالة من عقود التبرع وهى صفة لاتتفـــق مع المعاملات التجارية .

وتظل الكفالة مدنية حتى ولو كان الدين المكفول تجاريا وحتـــى ولو كان الكفيل تاجرا .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" النص فى المادة ١/٧٧٩ من التقنين المدنى على أن " كفالـــة الدين التجارى تعتبر عملا مدنيا ، ولو كان الكفيل تاجرا . على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن

تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا " يدل على أن الأصل فى الكفالة أن تعتبر عملا مدنيا وتبقى الكفالة عملا مدنيا بالنسبة للكفيل حتى ولو كان الالتزام المكفول التزاما تجاريا أو كان كل من الدائن والمدين تاجرا أو كان الكفيل نفسه تاجرا وذلك استثناء من القاعدة التى تقضى بأن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول لأن الأصل فى الكفالة أن يكون الكفيل متبرعا لا مضاربا فهو إذن لايقوم بعمل تجارى بل بعمل مدنى " .

(طعن رقم ١٠٤١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٣/٢)

٢٨ـ استثناء الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق :

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة على أن كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا . أردفت استثناء فى فقرتها الثانية بالنسبة للكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق فقد اعتبرتها عملا تجاريا .

وهذا الاستثناء يقصد حالتين :

الحالة الأولى ، هى ضمان الورقة التجارية ضمانا احتياطيا[١] ،

---

(١) ونعرض هنا لنصوص قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المتعلقة بالضمان الاحتياطى .

تنص المادة (٤١٨) على أن :
١- يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة له أو بعضه من ضمان احتياطى .
٢- ويكون هذا الضامن من أى شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة " .
وتنص المادة (٤١٩) على أن :
"١- يكتب الضمان الاحتياطى على الكمبيالة أو على وصلة .
٢- ويؤدى الضمان بعبارة " للضمان الاحتياطي " أو بأية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن .
٣- ويستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع التضامن على صدر الكمبيالة ما لم يكن هذا التوقيع صادرا من المسحوب عليه أو من الساحب .
٤- يذكر فى الضمان اسم المضمون ، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب ".
وتنص المادة (٤٧٠) على أن :
" تسرى على السند لأمر أحكام الكمبيالة بالقدر الذى لاتتعارض فيه مع ماهيته ، وتسرى بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالمسائل الآتية :
.... الضمان الاحتياطى مع مراعاة أنه إذا لم يذكر فى صيغة الضمان اسم الملتزم المضمون اعتبر الضمان حاصلا لمصلحة محرر السند ".
وتنص المادة (٥٠٠) على أن :
"١- يجوز ضمان الوفاء بقيمة الشيك كلها أو بعضها من ضامن احتياطى.
٢- ويجوز أن يقدم هذا الضمان من الغير عدا المسحوب عليه ، كما يجوز تقديمه من أحد الموقعين على الشيك" .
وتقضى المادة (٥٠١) بأن :
"١- يكتب الضمان الاحتياطى على الشيك .
٢- ويؤدى الضمان بعبارة " للضمان الاحتياطى " أو أية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى ، ويوقعه الضامن .
٣- ويستفاد الضمان الاحتياطى من مجرد توقيع الضامن على صدر الشيك .

أى ضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية ويتم ذلك إما بكتابة على الورقة التجارية ذاتها أوبكتابة على ورقة مستقلة .

والأوراق التجارية هى الكمبيالة والسند الإذنى والشيك .

والحالة الثانية ، هى تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان(١).

فالورقة التجارية تظهر إما لنقل ملكيتها أو لتحصيل قيمتها أو لرهنها . فإذا ظهرت الورقة على سبيل الضمان فإن ذلك يعتبر رهنا لها ضمانا لدين آخر ولايعتبر عقد كفالة .

٤- ويذكر فى الضمان الاحتياطى اسم المضمون وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب " .

وتنص المادة (٥٠٢) على أن :

١- يلتزم الضامن الاحتياطى بالكيفية التى التزم بها المضمون .

٢- ويكون التزام الضامن الاحتياطى صحيحا ولو كان الالتزام الذى ضمنه باطلا لأى سبب آخر غير عيب فى الشكل .

٣- وإذا أوفى الضامن الاحتياطى قيمة الشيك آلت إليه الحقوق الناشئة عنه قبل المضمون وكل ملتزم بموجب الشيك قبل هذا المضمون " .

(١) تنص المادة ١/٣٩١ من قانون التجارة على أن :

" كل كمبيالة ولو لم يصرح فيها أنها مسحوبة للأمر تتداول بالتظهير ".

وتنص المادة (١/٣٩٥) على أن :

" يضمن المظهر قبول الكمبيالة ووفاءها ما لم يشترط غير ذلك " .

وتنص المادة (٤٧٠) على أن :

" تسرى على السند لأمر أحكام الكمبيالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع ماهيته ، ويسرى بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالمسائل الآتية :

.... التظهير ..... ".

ولذلك فإن المشرع لم يكن موفقا فى الإشارة إلى هــذه الحالــة الثانية واعتبارها من صور الكفالة وإعطائها الصفة التجارية فهــى ليست كفالة أصلا ، حتى توصف بأنها مدنية أو تجارية بــل هــى رهن لدين ، وهو من صور الرهن الحيازى .

أما الحالة الأولى وهى حالة الضمان الاحتياطى للورقة التجارية ، فهى بالفعل كفالة لهذه الورقة ، وهى تعتبر تجاريــة فــى جميــع الأحوال إذا وردت على كمبيالة ، أما إذا وردت على سند إذنى فهى لا تعتبر تجارية إلا إذا كان السند الإذنى نفسه تجاريا . وهو يعتبر كذلك إذا كان محرره تاجرا سواء حرر لعمل تجارى أو مدنى . أو كان محرره غير تاجر ولكن تحريره كان مترتبا على عملية تجارية . والعبرة بطبيعة السند وقت تحريره ، أيا كانت العمليات التى يوقــع عليه من أجلها فيما بعد . ورغم أن المشرع يقرر أن كفالة الأوراق التجارية " تعتبر دائما عملا تجاريا " وهو ما يعنى أن كفالة الســند الإذنى تعتبر عملا تجاريا حتى ولو كان السند ذاته معتبــرا عمــلا مدنيا ، إلا أن المشرع لم يشأ التعديل فى أحكام قانون التجارة فــى هذا الشأن بل قصد الإحالة إليها فقط وعدم مخالفتها[1] .

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٢٧ ومابعدها – وراجع فى التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثالث .

مـادة (٧٨٠)

١- لاتجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولابشرط أشد من شروط الدين المكفول .

٢- ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون .

الشـــرح

٢٩- حدود الكفالة من حيث محل الالتزام :

يجب أن يكون محل الكفالة ضمان الوفاء بمحل الالتزام الأصلى ذاته .

فلا يجوز أن يكون محل الكفالة ضمان شئ آخر غيـر الـدين الأصلى . ولكن لايجب أن يكون هو ضمان كل الدين الأصلى أو أن يكون مقترنا بأوصاف ذلك الدين ذاتها . بل يجوز أن يكـون الضمان مقصوراً على جزء من الدين الأصلى ، وفى هذه الحالـة لاتتعدى الكفالة إلى الأجزاء الأخرى . فإذا ضمن الكفيـل الفوائـد البسيطة فلا تشمل الكفالة الفوائد المركبة وإذا كفل شخص مستأجرا شملت الكفالة الأجرة المستحقة عن مدة الإجارة الأصلية وعن مـدة الامتداد المنصوص عليه فى العقد ولكن لا تشمل الأجرة عن مـدة التجديد الضمنى ، أو الامتداد القانونى .

وقد نصت المادة (٥٩٩) مدنى على حالة التجديد الضـمنى للإيجار بقولها :

"١- إذا انتهى عقد الإيجار وبقـــى المســتأجر منتفعــا بـــالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير معينة ، وتسرى على الإيجـــار إذا تجدد على هذا الوجه أحكام المادة ٥٦٣ .

٢- ويعتبر هذا التجديد الضمنى إيجارا جديدا لا مجرد امتــدادا للإيجار الأصلى ، ومع ذلك تنتقل إلى الإيجار الجديــد التأمينـــات العينية التى كان المستأجر قد قدمها فى الإيجار القديم ، مع مراعاة قواعد الشهر العقارى ، أما الكفالة شخصية كانت أو عينية فلا تنتقل إلى الإيجار الجديد إلا إذا رضى الكفيل بذلك" .

وقضت محكمة النقض - فى حالة الامتداد القانونى للإيجار - بأن :

وفى هذا قضت محكمة النقض بـــأن :

" لئن كان الأصل أنه إذا امتد الإيجار بحكم القانون بعد انقضاء مدته فإنه طبقا للقواعد المقررة فى امتداد الإيجار يمتد بنفس شروط الإيجار الأصلى فتكون التزامات المؤجر هـــى نفســها التزاماتـــه السابقة ، وكذلك تكون التزامات المستأجر وتبقى التأمينات العينيـــة والشخصية التى تكفل التزامات المستأجر فى الإيجار الأصلى كاملة لهذه الالتزامات بعد أن امتد الإيجار ، إلا أنه متى كـــان الامتـــداد تطبيقا لتشريعات استثنائية فإن الكفيل الذى يكفـــل المســـتأجر قبـــل

صدور هذه التشريعات لاتمتد كفالته للالتزامات المستأجر عن امتداد الإيجار إلا إذا قبل ذلك لأنه وقت أن كفل المستأجر كان يقصد كفالته فى المدة المتفق عليها فى الإيجار ولم يدخل فى حسابه أن هذه المدة ستمتد بحكم التشريع الاستثنائى إذ كان ذلك وكان الطاعن الثالث قد كفل الطاعنين الأول والثانى فى سداد أجرة السنتين المتفق عليهما فى العقد وقبل صدور القرار بقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٦٢ وهو تشريع استثنائى قضى بامتداد عقود الإيجار بحكم القانون إلى نهاية سنة ١٩٦٥/٦٤ الزراعية فإن كفالته لاتمتد بامتداد الإيجار إلا إذا قبل ذلك . ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر واستخلص امتداد الكفالة أخذا بامتداد العقد دون أن يعنى ببحث دفاع الطاعن الثالث من أنه لم يرتض امتداد كفالته وهو بحث قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٧)

وإذا ضمن الكفيل مبلغا أكبر من المستحق على المدين أو بشروط أشد ، فإن الكفالة لا تقع باطله بل يتعين قصرها على مقدار دين المدين أوردها إلى شروط ذلك الدين ، لأن التزام الكفيل لايصح أن يجاوز التزام المدين ولا أن يكون بشروط أشد من التزام هذا الأخير .

غير أنه إذا قصد الكفيل أن يلتزم فى هذه الحالة التزاما أصـليا بالقدر الزائد على التزام المدين الأصلى ، اعتبر كفيلا بمقدار الدين الأصلى ومدينا أصليا بما يجاوز ذلك ولو لم يكن له الرجوع علـى المدين بهذا القدر الأخير .

أما إذا جهل الكفيل أن ما التزم به يجاوز قيمة الدين الأصلى ، أو إذا ثبت قصده ألا يلتزم إلا بصفته كفيلا وعلى أن يكون له حـق الرجوع بكل ما يدفعه بسبب هذه الكفالة ، وجـب خفـض التـزام الكفيل إلى القدر المستحق فى ذمة المدين .

وإذا اتفق الدائن والمدين بعد الكفالة على تجديد الـدين ، فـإن الكفالة لاتضمن الدين الجديد إلا إذا رضى الكفيل بذلك (مادة ٣٥٨ مدنى) [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يطابق هذا النص المادة ٧١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى. وهو يقرر الأحكام ذاتها الواردة بالمـادة ٤٩٧/٦٠٦ مـن التقنـين الحالى . ولكن يزيد عليها أن الكفالة التى تعقد بمبلغ أكبر من الدين أو بشروط أشد من شروطه تكون صحيحة فـى حـدود الالتـزام الأصلى . وهذا الحكم الأخيرمعمول به فى ظل التقنين الحالى رغم عدم النص عليه .

---

(١) سليمان مرقس ص ٧١ ومابعـدها – محمـد كامـل مرسـى ص ٥٥ ومابعدها – محمد على إمام ص ٦٥ ومابعدها .

وهذه الأحكام جميعا ليست سوى تطبيق لمبدأ أن الكفالة عقد تابع ، فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز التزام الأصيل حتى يضمن بذلك حقه فى الرجوع بكل ما دفعه على المدين . وكان من الجائز الاستغناء عن النص (كما فعلت بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى) ، لولا أننا فضلنا الإبقاء عليه لما قد يترتب على إغفاله من تفسير غير صحيح "(١).

٣٠ـ التزام الكفيل لا يتعدى الوقت المحدد للكفالة :

إذا ارتضى الكفيل أن يكفل المدين إلى وقت محدد ، فلا يتعدى التزامه هذا الوقت . وقد يحدد الكفيل وقتا معينا لنشأة الكفالة كما هو الحال فى الالتزامات المستقبلة حيث يعين الكفيل مدة تبرأ ذمته بعد انقضائها إذا لم ينشأ الالتزام الأصلى المكفول خلالها . كما قد يعين الوقت اللازم لانقضاء الكفالة ، كما إذا حددت فترة تبرأ ذمة الكفيل بعدها إذا لم يطالبه فيها الدائن أو يطالب المدين خلالها .

٣١ـ التزام الكفيل لايتعدى شخص المدين المكفول :

إذا كان الكفيل قد كفل شخصا معينا فإن كفالته لايجب أن تتعدى هذا الشخص إلى سواه . فإذا حل مدين جديد محل المدين الأصلى فى الدين فإن الكفيل لا يكفل هذا المدين الجديد إلا إذا ارتضى ذلك صراحة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٦٢ ومابعدها .

وفى هذا تقضى المادة (٣٥٨) مدنى بأن :

" لاينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن ، إلا إذا رضى الكفلاء والمدينون المتضامنون " .

كما تقضى المادة (٣١٨) مدنى على أن :

١- تبقى للدين المحال به ضماناته .

٢- ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا أو شخصيا ، ملتزما قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة " .

(راجع شرح المادتين ٣٥٨ ، ٣١٨) .

٣٢- تحديد الدين المكفول بأوصافه :

إذا كان التزام المدين مؤجلا أو معلقا على شرط ، فلا يصح أن يكون التزام الكفيل منجزا . أما العكس فيجوز ، أى أن يكون الالتزام الأصلى منجزا ولكن الكفيل لايلتزم إلا التزاما معلقا على شرط أو أجل .

وإذا كان المدين غير متضامن مع شركائه فى الدين ، فلا يجوز أن يلتزم الكفيل بدين هذا المدين بالتضامن مع غيره من المدينين .

وفى هذه الأحوال جميعا يعتبر التزام الكفيل كالتزام المدين الأصلى من حيث أوصافه ، أى أنه يكون مثله معلقاً على أجل أو شرط ومقصورا على كفالة نصيب المدين المكفول فى الدين المشترك دون تضامن مع المدينين الآخرين .

فإذا منح الدائن المدين أجلا جديدا ، جاز للكفيل أن يتمسك بهذا الأجل ، وجاز له أيضا أن يرفضه وأن ينذر الدائن بوجوب مطالبته المدين بمجرد حلول الأجل الأصلي . وجاز له أن يلزم الدائن بقبول الوفاء منه دون انتظار الأجل الجديد الممنوح للمدين حتى يكون له هو أن يرجع على المدين دون انتظار حلول الأجل الجديد[١] .

---

(١) سليمان مرقس ص ٧٣ .

مـادة (٧٨١)

إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالـة تشـمل ملحقـات الدين ومصروفات المطالبة الأولى ، وما يستجد من المصـروفات بعد إخطار الكفيل .

الشـــرح

٣٣ـ ما تشتمل عليه الكفالة :

بتعيين التفرقة فى صدد ما تشتمل عليه الكفالة ، بـين الكفالـة المحددة ، وبين الكفالة غير المحددة أو المطلقة .

والكفالة المحددة هى التى يحدد فيها مدى ما يرتضـى الكفيـل ضمانه ، وهى لاتتجاوز الحدود التى رسمت لها فى العقد . فإذا قال الكفيل أنه لا يضمن إلا أصل الدين ، فلا يسأل عن غير ذلك ، فلا يشمل التزامه توابع هذا الدين كفوائده ومصاريفه .

أما الكفالة غير المحددة أو المطلقة ، فهى التى لا يتحـدد فيهـا مدى التزام الكفيل ، كما إذا قال الكفيل أنه يضمن القرض أو عقـد الإيجار .

ولاشك أن ورود الكفالة غير محددة أو مطلقة لا يمكن أن يمس المبدأ الأساسى الذى سبق ذكره وهو أن الكفيل لا يلتـزم إلا فـى حدود ما ارتضاه إلا أن المادة فسرت إرادة الكفيل والدائن عند عدم ظهورها واضحة فى العقد .

فقضت بأنه إذا لم يوجد اتفاق خاص يوضح مدى لتزام الكفيل أى إذا أتت الكفالة غير محددة (مطلقة) ، فإن الكفيل يسأل عما يأتى :

١- **أصل الالتزام المكفول** : وهذا مسلم به وإن لم ينص عليه باعتبار أن الكفالة انصرفت إليه ، وهو يتحدد على أساس تحديد طرفيه له ومصدره .

٢- **ملحقات الدين :**

يدخل فى ملحقات الدين فوائد الدين ، والشرط الجزائى ، والتعويضات الناشئة عن عدم التنفيذ ، والتعويضات الناشئة عن مسئولية المدين العقدية ، فمن كفل المستأجر مثلا فى عبارات عامة دون قيد ، كفل ما يكون مستحقا على المستأجر من الأجرة ومن تعويض ، ويشمل ذلك التعويض عن حريق العين المؤجرة .

ولكن لايشمل التزامات المستأجر بعد تجديد عقد الإيجار إلا بشرط صريح . ومن كفل حساب جارى كفل كل بنود هذا الحساب لأنها غير قابلة للتجزئة .

٣- **مصروفات المطالبة بالدين :**

وذلك سواء وجهت المطالبة إلى الكفيل أو إلى المدين أو إليهما معا . ويدخل فى ذلك مصروفات التنفيذ .

بيد أنه إذا وجهت المطالبة إلى المدين وحده ، وجبت التفرقة بين نوعين من المصروفات : مصروفات المطالبة الأولى ، أى المصروفات التى ينفقها الدائن في مستهل الإجراءات ، كنفقات التنبيه بالدفع ونفقات رفع الدعوى ، وهذه المصروفات يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بها دائما . أما المصروفات التى تنفق بعد قيام الدعوى كمصروفات ندب خبير مثلا أو مصروفات التنفيذ على أموال المدين ، فلا يتحمل بها الكفيل إلا إذا كانت لاحقة لإخطار الدائن له بحصول مطالبته للمدين .

والحكمة التى راعاها المشرع فى هذه التفرقة ترجع إلى أنه ليس فى وسع الدائن إخطار الكفيل بمصروفات المطالبة الأولى قبل إنفاقها ، إذ بهذه المصروفات تبدأ المطالبة سيرها . ولكن إذا حصلت المطالبة ، لزم على الدائن إخطار الكفيل بها ، لأنه من الجائز أن يقوم هذا الأخير بالوفاء بالدين لكى يتجنب المصروفات اللاحقة ، فإذا لم يقم الدائن بهذا الإخطار فهو مقصر ، وعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره .

والكفيل لا يسأل فقط عن مصروفات الدعوى التى يرفعها الدائن على المدين ، بل يسأل أيضا عن مصروفات الدعوى التى قد يرفعها المدين على الدائن ، كما إذا رفع المدين دعوى طالبا الحكم ببراءة ذمته من الدين أو الحكم ببطلان الالتزام الأصلى ، وحكم

القاضى برفض دعواه وإلزامه بالمصاريف . ويجب هنا العمل بالتفرقة التى ذكرناها والقول بأن الكفيل لا يسأل عن المصروفات التالية للمطالبة الأولى إلا إذا أخطره الدائن بهذه المطالبة[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تنص المادة ٦٠٨/٤٩٨ من التقنين الحالى على أنه " فى حالة عدم وجود شرط صريح لاتكون الكفالة إلا على أصل الدين ولاتوجب التضامن " .

ويعاب على هذا النص أنه لم يحدد ملحقات الدين التى لاتشملها الكفالة ، وأنه يفتح بذلك مجالا للشك والخلاف بشأنها مع أن التقنين الفرنسى تعرض لها صراحة (م٢٠١٦) كما أن الثابت بإجماع الفقه والقضاء(انظر على الأخص استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ١٦٥ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ ب ٢٧ ص ٧٨– ٥ أبريل سنة ١٩١٦ ب ٢٨ ص ٢٣٣) أن المشرع المصرى لم يقصد استبعاد الفوائد التأخيرية ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى أو المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل وهى التى يدخلها جميعا التقنين الفرنسى (م٢٠١٦) صراحة فى نطاق الكفالة . وكأن المشرع المصرى إذن حين نص فى المادة

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٩٢ ومابعدها – رمضان أبو السعود وهمام زهران ص ٧٨ ومابعدها – محمد كامل مرسى ص ٥١ .

٦٠٨/٤٩٨ على أن الكفالة لاتمتد إلى توابع الدين ، إنما قصد حالة الدين المؤجل الذى يذكر مقداره فى العقد ، فإن كفالته لاتشمل الفوائد فى المدة من وقت العقد إلى حلول الأجل إلا إذا اشترط ذلك (راجع استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٢٦ ب ٣٨ ص ٣٨٧) . ولكن هذا الفرض نادر فى العمل ، لأنه قلما يغفل سند الدين عن اشتراط الفوائد .

أما نص الفقرة الثانية من المادة ٦٠٨/٤٩٨ مصرى فلا صلة له مطلقا بفقرتها الأولى ، إذ هو يعرض للكفالة التضامنية ، وليس هنا محل الكلام عنها .

لذلك فضل المشروع أن ينقل نص المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويمتاز هذا النص بأنه فضلا عن تحديده للملحقات ، يدخلها ضمن الكفالة . وهو الحكم الواجب الأخذ به كما رأينا . كذلك يغنينا النص الجديد فى الوقت نفسه عن المادة ٤٩٩ / ٦٠٩ من التقنين الحالى ، لأن الكفالة القضائية سيرد الكلام عنها فى باب الكفالة التضامنية على العموم "[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد فيما استخلصه من المخالصات والمستندات – بصدد مقدار أجرة سنة ٦٥/٦٤ الزراعية

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٦٥ .

موضوع النزاع - على المعنى الظاهر لها وبين الاعتبارات المقبولة المؤدية لما ذهب إليه ، وكان لا مانع من اعتبار الورقة دليلا كاملا على إثبات تصرف معين وفى ذات الوقت مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لتصرف آخر ، وكان تقدير ما إذا كانت الورقة المتمسك بها من الخصم تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ، فإنه بحسب الحكم المطعون فيه أن اعتبر ورقة المحاسبة عن سنتى ٦٢/٦٣، ٦٣/٦٤ الزراعيتين بقيمة إيجارية أقل من الأجرة الواردة بالعقد وبعد خصم المصاريف المتمسك بها من الطاعنين الأول والثانى (المستأجرين) مبدأ ثبوت بالكتابة لم يطلب تكملته بالبينة ، ومن ثم اتخذ من عجزهما عن إثبات ادعائهما - الأجرة الأقل وخصم المصاريف - موجبا لرفضه ".

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٧)

الفصـــل الثانـــى

آثـــار الكفالة

١ـ العلاقة ما بين الكفيل والدائن

مــادة (٧٨٢)

١- يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميــع الأوجه التى يحتج بها المدين .

٢- على أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقــص أهليته ، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه .

الشـــرح

٣٤ـ براءة الكفيل بمجرد براءة المدين :

تبرأ ذمة الكفيل بمجرد براءة ذمة المدين وأساس ذلك أن التزام الكفيل التزام تابع ، يستمد وجوده من التزام المدين ، ومثال ذلك أن تبرأ ذمة المدين بالوفاء بالتزامه أو الإبراء أو المقاصة أو التقادم . فينقضى التزام الكفيل بالتبعية . وللكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعا لانقضاء الالتزام الأصلى بل وله أن يتمسك بأوجه الانقضـــاء المتعلقة بالالتزام الأصلى كما سنرى .

٣٥ـ تمسك الكفيل بالأوجه التى يحتج بها المدين :

للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التى يحتج بها المدين .. وللكفيل أن يتمسك بهذه الدفوع سواء تعلقت بالالتزام الأصلى أم بالمدين نفسه . فله أن يتمسك فى مواجهة الدائن ببطلان الالتزام الأصلى أيا كان سبب البطلان كانعدام الرضا أو الحل أو السبب أو لتخلف الشكل الذى يستلزمه القانون .

ولايكون تمسك الكفيل بهذه الدفوع باسم المدين بناء على الدعوى غير المباشرة فقط ، بل أيضا باسمه خاصة كسبب لانقضاء التزامه الخاص به . فالتزامه تابع لقيام الالتزام الأصلى ، فإن كان هذا باطلا منقضيا كان للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع الذى ينهى الكفالة .

وبناء على ذلك يحق للكفيل أن يتدخل فى الدعوى القائمة بين الدائن والمدين بشأن الالتزام الأصلى ، وذلك لحماية حقوقه ومنع كل غش أو تواطؤ من جانب المدين والدائن للإضرار به .

ويترتب على أن الكفيل له حق التمسك بدفوع المدين باسمه خاصة أن تنازل المدين عنها لا يؤثر على حقه فى التمسك بها . فالكفيل يمكنه الاحتجاج بهذه الدفوع حتى ولو تنازل المدين عنها[1].

---

(١) محمد على إمام ص ٨٩ – توفيق حسن فرج ص ٤٩– سليمان مرقس ص ٨٩ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يطابق هذا النص تماما المادة ٦٢٢/٥٠٩ من التقنين الحالى . وهو يقرر حكما أساسيا تقتضيه طبيعة الكفالة . فالتزام الكفيل تابع للالتزام الأصلى ، وهو يبطل كلما بطل هذا الالتزام، كما أنه ينقضى بمجرد انقضائه . على أن المشروع يتحفظ بالنسبة للحكم الوارد بالمادة ١١٣٥ الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية ، فإنه استثناء لايجوز للكفيل فى هذه الحالة التمسك ببطلان الالتزام الأصلى "(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مسئولية مالك السيارة التى أحدثت الضرر هى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه قائد السيارة – المطعون ضده الأول- مؤداها أن يكون مالك السيارة كفيلا متضامنا لقائد السيارة فى أداء التعويض الذى يحكم به عليه ، ولما كان مما لايجوز أن يسوى فى الحكم بين الكفيل المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لايجعله مدينا أصليا بل يبقى التزامه تبعيا فينقضى حتما بانقضاء التزام المدين ولو كان ذلك بالتقادم الذى وقف سريانه بالنسبة للكفيل ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى على سند صحيح من القانون بسقوط الحق فى مطالبة قائد السيارة مرتكب الحادث بالتعويض

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٦٨ .

بالتقادم وهو المدين الأصلى بما ينبنى عليه حتما وبطريق اللـــزوم انقضاء الالتزام بالنسبة لمالك السيارة - باعتباره كفيلا متضـــامنا ، فإنه لاجدوى من بحث تمثيل المطعون ضدهما الثـــانى والثالـــث - بشخصيهما للشركة مالكة السيارة من عدمه لأن التزام هذه الشركة انقضى تبعا لانقضاء التزام المدين الأصلى المطعون ضده الأول " .

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤)

٢- " التزام الكفيل - متضامنا أو غير متضامن - يعتبر التزاما تابعا لالتزام المدين الأصلى ، فلا يسوغ النظر فى إعمـــال أحكـــام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت فى التزام المدين الأصلى " .

(طعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٨)

٢- " التزام الكفيل متضامنا كان أو غير متضامن - وعلى مـــا جرى به قضاء هذه المحكمة - هو التزام تـــابع لالتـــزام المـــدين الأصلى فلا يقوم إلا بقيامه " .

(طعن رقم ١٧١٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١/٤)

٣٦- عدم تمسك الكفيل بنقص أهلية المدين :

يستثنى من الأصل الذى يجيز للكفيل التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين . الذى تناولناه فى البند السابق حالة نقص أهليـــة المدين ، إذا كان الكفيل عالما بنقص أهليته وقت التعاقـــد ، فلـــيس للكفيل أن يحتج بهذا الوجه .

أما إذا كان الكفيل عالما بنقص أهلية المدين وفى ذات الوقت قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، فإنه لايستطيع أن يبطل عقد الكفالة حتى لو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلى ، ذلك أن الكفيل - كما ذكرنا سلفا - إنما كفل المدين بسبب نقص أهليته ، فإذا تمسك المدين بنقص أهليته ، وأبطل العقد الأصلى ، أصبح الكفيل مدينا أصليا وصار مسئولا عن الدين نحو الدائن ، فهو إنما تعاقد مع الدائن ناظرا لهذا الاحتمال [١].

---

(١) السنهورى ص ٩١ - توفيق حسن فرج ص ٥٠ ومابعدها - محمد كامل مرسى ص ٦٢ - وكانت الفقرة الثانية من المادة (١١٥٩) من المشروع التمهيدى المقابلة للنص الحالى تنص على أن : " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ماعدا الأوجه المستغلة بشخصه خاصة ، وذلك مع مراعاة ما ورد بالمادة ١١٣٥ " .

وفى مجلس النواب عدلت المادة إلى وضعها الراهن .

وجاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية أنه :

" والتعديل من شأنه أن يعتبر من إطلاق العبارة التى وردت فى آخر النص الأصلى ، وحذفت عند التعديل وهى " ماعدا الأوجه المتصلة بشخصه خاصة " - فإن المقصود بهذه العبارة هو نقص الأهلية ولكن عدم احتجاج الكفيل بنقص أهلية المدين ينبغى ألا يكون مطلقا ، وينبغى أن نميز بين ما إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يحتج بذلك ، وبين ما إذا كان لا يعلم بنقص الأهلية فينبغى أن يكون له الحق فى الاحتجاج بذلك وفقا للقواعد العامة ".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٦٧ ومابعدها) .

ولذا يمكن القول – خلافا لما يراه فريق من الفقه – بأنه لاتعارض بين المادة ٧٧٧ والمادة ١/٧٨٢ .

ذلك أن النص الأول – كما قدمنا بعرض لحالة الكفالة بسبب نقص الأهلية ، فإذا لم يكن الكفالة بسبب نقص الأهلية – حتى ولو كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية ، لكنه لم يتدخل للكفالة بسبب هذا النقص ، بل لمجرد الكفالة فقط – فإن التزامه يزول إذا تمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته ويزول التزام الكفيل بالتبعية . كل ما هنالك أنه إذا كان الكفيل يعلم وقت العقد بنقص أهلية المدين ، فلا يكون له أن يحتج بهذا الوجه لكى يطلب إبطال العقد وذلك طبقا للمادة ٢/٧٨٢ [١].

٣٧- الدفوع المتعلقة بالتزام الكفيل :

يلتزم الكفيل على أساس عقد الكفالة . ولهذا فإنه يستطيع التمسك بالدفوع الناشئة عن هذا العقد . فله أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة ببطلان هذا العقد نفسه لعدم توافر ركن من أركانه ، أو بإبطاله لعيب فى الرضا أو نقص فى الأهلية ، طبقا للقواعد العامة فى العقود .

وإلى جانب ذلك فإن للكفيل أن يتمسك بالأوصاف التى تلحق التزامه كعدم تحقق الشرط الواقف الذى علقت عليه الكفالة ، أو تخلف الشرط الفاسخ المقترن بها ، أو عدم حلول الأجل .

---

(١) توفيق حسن فرج ص ٥١ .

وإذا ما نشأت الكفالة صحيحة ، فإن للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته لانقضاء التزامه بصفة مستقلة عن الالتزام الأصلى . وهو يتمسك بالانقضاء طبقاً للقواعد العامة . وفى كل هذا لاتختلف الكفالة باعتبارها عقدا ، عن غيرها من العقود الأخرى ، فللكفيل أن يتمسك بكل دفع يتعلق بانعقاد الكفالة أو ما يتعلق بما قد يلحق التزامه من أوصاف ، أو فيما يتعلق ببراءة ذمته لانقضاء التزامه بصفة مستقلة (١).

---

(١) توفيق حسن فرج ص ٥١ ومابعدها .

مـــادة (٧٨٣)

إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخـــر، برئـــت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشئ .

الشـــــرح

٣٨ـ قبول الدائن فى مقابل الدين شيئا آخر :

إذا قبل الدائن شيئا غير المتعهد به ، فـــإن الالتـــزام الأصـــلى ينقضى ، وتنقضى الكفالة بالتبعية .

ويستوى أن يكون الشئ الذى قبله الدائن مقدما من المـــدين أو عن غيره ، لأن الوفاء قد يقع من المدين أو غيره [1].

---

(١) وقد وردت المادة بصيغتها الراهنة بالمشروع التمهيـــدى (م ١١٦٠) ، وفى مجلس النواب عدلت المادة بإضافة عبارة " من المدين " فأصبحت كما يأتى :

" إذا قبل الدائن أن يستوفى من المدين فى مقابل الدين شيئا آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشئ " وذلك حتى يتحدد المقصـــود مـــر النص بوضوح تام ، إذ المقصود ألا ينصرف النص إلا إلى حالة ما إذا استوفى الدائن مقابل الدين من المدين لا من الكفيل . أما إذا اســـتوفى المقابل من الكفيل فإن هذا الأخير يكون ضـــامناً لاســـتحقاق الشـــئ . ولاتبرأ ذمته طبقا للقواعد العامة .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت اللجنة العدول عن هـــذ النص الأصلى الوارد فى مشروع الحكومة وذلك تعميما للنص حتـــى يشمل المدين وأى شخص آخر .

والواقع أنه يترتب على قبول الدائن شيئا في مقابل الدين تجديد الالتزام بتغيير محله ، مما يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم بتأميناته ومنها الكفالة ويحل محله دين جديد هو ما تم الوفاء به .

وإذا استحق الشئ الذى قبله الدائن فقد نصت المادة على أن ذمة الكفيل تبرأ رغم هذا .

وهذا ما تقضى به أيضا القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٣٥١ مدنى طبقه الشارع على عقد الكفالة ، إذ تقضى هذه المادة بأن :

" يسرى على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أعطى فى مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ويسرى عليه من حيث إنه يقضى الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات " ، ومن ثم فإن ذمة الكفيل

وقد جاء بتقريرها ما يأتى :

" رأت اللجنة أن تعدل عن التعديل الذى أخذ به مجلس النواب وأن ترجع إلى الصيغة التى وضعتها الحكومة ولاسيما أن هذه الصيغة تطابق فى معناها النص الوارد فى التقنين الحالى . ولم تر اللجنة محلاً لأن تخصص الوفاء بوجوب حصوله من المدين لأن الوفاء قد يقع من المدين أو غيره فليس ثمة وجه لتخصيص يخل بهذا المبدأ " .

وقد وافق المجلس على المادة كما عدلتها اللجنة .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٦٩ ومابعدها) .

تبرأ قبل الدائن ، ولو استحق الشئ ، ولا يكون للدائن إلا الرجـوع طبقا لأحكام الإستحقاق فى البيع . ولا يرجع على الكفيل الذى تبرأ ذمته بانقضاء الدين الأصلى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يطابق هذا النص المادة ٥١١/٦٢٤ من التقنين الحالى . والمبدأ الوارد به مقرر فى معظم التقنينات (كالتقنين الفرنسى والإيطالى والهولندى الخ) والواقع أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة فى تجديد الالتزام (أنظر م ١٨٨/١٥٢ من التقنين الحالى و٢٩٣ فقرة ٢ من المشروع) [١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٧٠ .

مـادة (٧٨٤)

١- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات .

٢- ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين مقرر بحكم القانون " .

الشـــرح

٣٩- براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات :

قد يكون الدين الأصلى مضمونا بتأمينات أخرى ، ولهذا يكون على الدائن المحافظة على تلك التأمينات حتى يتسنى للكفيل أن يحل محله فيها بعد الوفاء . فإذا لم يقم الدائن بالمحافظة عليها ، وبذلك العناية اللازمة لذلك - وهى عناية الشخص المعتاد - كان مسئولا عما ضاع بتقصيره ، وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن ، لأنه فوت عليه فرصة استيفاء حقه منها ، ويكون للكفيل أن يتمسك قبل الدائن ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن من تأمينات خاصة .

٤٠- شروط براءة ذمة الكفيل :

يجب لتمسك الكفيل بالدفع بإضاعة التأمينات توافر شروط ثلاثة هى :

الشرط الأول :

أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة (٧٨٤) تقضى فى فقرتها الثانية بأنه : " يقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين " . فيجب إذن أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا ، أيا كان مصدر هذا التأمين سواء كان ، الاتفاق : كالرهن الرسمى والرهن الحيازى . أو القانون : كحقوق الامتياز أو حكم القضاء ، كحق الاختصاص وأيا كان نوعه شخصيا كالكفالة أو عينيا كالرهن أو كان حقا فى الحبس .

وأيا كان تاريخ وجوده ، أى سواء وجد هذا التأمين قبل انعقاد الكفالة أم بعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تطابق الفقرة الأولى من هذا النص المادة ٥١٠/٦٣٠ وهى تقرر الدفع بإضاعة التأمينات .

ولما كان قد ثار نزاع فى العمل بشأن تحديد الضمانات التى يترتب على ضياعها بخطأ الدائن إبراء الكفيل ، فقررت بعض الأحكام أن المقصود هو التأمين الاتفاقى كالرهن التأمينى أو الحيازى (أنظر على الأخص استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ١١٨ – ٣ ديسمبر سنة١٩١٣ب ٢٦ ص ٧٦ –

٢٧ يناير سنة ١٩١٥ب ٢٧ ص ١٣٧- ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ ب ٢٧ ص ٢٧٨ – ٧ يونيو سنة ١٩١٧ ب ٢٩ ص ٤٩٠) . ورأت غالبية الأحكام أن المقصود هو كل تأمين خصص لوفاء الدين حتى لو كان تأمينا قانونيا (راجع استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ ب ٢٥ ص ٣٧٦ – ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ (ب ٣٥ ص ٤٤٥) . كذلك قام الخلاف بشأن التأمينات التى توجد بعد قيام الكفالة وهل يشملها النص . وقد جرى القضاء على أن هذه التأمينات لم يقصدها المشرع ، فلا يترتب على ضياعها بخطأ الدائن إبراء الكفيل (انظر استئناف أهلى ٢٢ مايو سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص٥١- استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٥٦ – ١٣مارس سنة ١٩٢٣ ب٣٥ ص٣٧٦ – ٧مارس سنة ١٩٣٩ ب ٥١ ص١٨٦) . ولكن يعاب على هذا الحل أن مبنى الدفع فكرة الحلول والتبعية ، وأن الكفيل يحل محل الدائن فى التأمينات التى تتقرر بعد الكفالة وضياعها بخطئه يحرمه من ذلك الحلول . وقد قضى المشروع على كل هذا الخلاف بأن قرر فى الفقرة الثانية أن الضمانات المقصودة فى هذه المادة تشمل كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة ، وكذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون"[1].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٧٤ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن قصد الشارع من التأمينات المنصوص عليها بالمادة ٥١٠ مدنى هو كل ما يعول عليه الدائن من الضمانات الخاصة ، اتفاقا أو قانونا ، لاقتضاء حقه . فهى تشمل بلا ريب حق امتياز المؤجر على حاصلات الأرض المؤجرة ، إذ القانون ، من جهة ، يلزم المستأجر بتوفيرها فى الأرض لتكون كصريح نص المادة ٣٨١ مدنى تأمينا ، أو بتعبير أدق ضمانا للأجرة . كما أن المادة ٦٠١ مدنى من جهة أخرى تعد الأجرة دينا ذا امتياز نشأته مقارنة لعقد الإيجار ولاحقة بالأثمار والحاصلات الناتجة من الأرض المؤجرة".

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/٢/٢)

ولكن لايشترط أن يكون التأمين الخاص من التأمينات المسماة ، بل يكفى أن يكون ضمانا خاصا أو ميزة خاصة . مثل ذلك أن يتنازل الدائن عن حقه فى استيفاء الدين مقدما ، كما لو اشترط فى عقد الإيجار أن تدفع الأجرة مقدما ، ولكن المؤجر وهو الدائن تنازل عن هذا الحق ، فإن للكفيل الذى كفل المستأجر أن يتمسك ببراءة ذمته [1].

أما إذا كان الضمان ينحصر فى مجرد حق الضمان العام المقرر لكل دائن على أموال مدينه فإن النص لا ينصرف إليه .

---

(١) سميرعبد السيد تناغو ص ٩٢ ومابعدها .

ولايجوز بالتالى الدفع بإضعاف التأمينات لمجرد أن الدائن أهمل أو قصر فى المحافظة على الضمان العام .

وبناء على ذلك إذا تباطأ الدائن فى مطالبة المدين حتى أعسر أو قصر فى رفع الدعوى البوليصية أو الدعوى غير المباشرة أو منح المدين أجلا جديدا أو تنازل عن إجراء تنفيذى أو تحفظي أو أهمل فى اتخاذه فإنه لايكون قد أضاع تأمينا خاصا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن إمهال المؤجر المستأجر فى الوفاء بأجرة الأرض لا تأثير له فى التزام الكفيل ، وعدم توقيع الحجز التحفظى على الزراعة لايعتبر تقصيرا مخليا لذمة الكفيل مما ينطبق عليه حكم المادة ٥١٠ من القانون المدنى مادام هذا الحجز يتعارض مع الإمهال الذى هو حق مطلق للمؤجر ومادام للكفيل بمقتضى المادة ٥٠٣ – على الرغم من ذلك الإمهال – مطالبة المستأجر وتوقيع الحجز التحفظى على ما يضمن الأجرة المستحقة ".

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/٢/٢)

ولكن إذا كانت مثل تلك الأحوال لايترتب عليها براءة ذمة الكفيل على أساس أنها لم تتضمن ضياعا لتأمين خاص ، إلا أنها ولا شك تعد من قبيل الخطأ الذى يرتكبه الدائن فإذا ترتب على هذا الخطأ ضرر للكفيل ، كان للكفيل أن يرجع على الدائن طبقا للقواعد

العامة فى المسئولية فالدائن والكفيل طرفان فى عقد الكفالة . ويجب تنفيذ العقد وفقا لما يقتضيه حسن النية . وألا يقتصر المتعاقد على الالتزام بما ورد فى العقد بل يلتزم أيضا بما هو من مستلزماته طبقا للقانون والعرف والعدالة ، بحسب طبيعة الالتزام (م١٤٨) .

والعدالة تقتضى أن يمتنع الدائن عن كل عمل يهدد حق الكفيل الاحتمالى فى الرجوع على المدين . وعلى ذلك فإذا صدر من الدائن عمل خاطئ ترتب عليه ضرر للكفيل ، كان لهذا الأخير أن يطلب من القاضى تعويضه ، ولا يوجد ثمة مانع من أن يعوض القاضى الكفيل عن طريق تقرير براءة ذمته من الدين بقدر ما ناله من ضرر إذا القاضى هو الذى يعين طريقة التعويض تبعا للظروف[١].

كما يجوز للكفيل فى هذه الحالة الإفادة من نص المادة (٧٨٥) مدنى .

(أنظر شرح المادة ٧٨٥) .

ولاينطبق النص إذا لم يكن هناك تأمين خاص ، ولكن الدائن أهمل فقط فى اكتساب تأمين خاص .

وعلى هذا إذا أهمل المؤجر فى إلزام المستأجر بوضع منقولات فى العين المؤجرة تأمينا للوفاء بدين الأجرة طبقا لما تقضى به

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام زهران ص ١١٢ .

المادة (٥٨٨) مدنى فلا يبرأ الكفيل الذى يكفل المستأجر فى دين الأجرة ، لأن امتياز المؤجر وهو التأمين الذى يقرره له القانون ، لايقوم إلا إذا وجدت المنقولات فى العين (م١١٤٣ مدنى) ، ففى مثل هذه الحالة لم يوجد التأمين ، إذ أنه لايوجد إلا بدخول المنقولات إلى العين بالفعل (١).

وإضاعة التأمين الخاص تكون بأية وسيلة تنشأ بخطأ الدائن وتقصيره ، وعدم المحافظة على هذا التأمين . مثل ذلك إهمال قيد الرهن أو تجديده ، وهلاك الشئ المحمل برهن حيازى أو بامتياز بفعل الدائن نفسه .

وقد تكون إضاعة التأمين عن طريق عدم الإفادة منه الإفادة الطبيعية ، مثل التنازل عن أولويته فى مرتبة الرهن ، بل قد تكون إضاعة التأمين الخاص بإبراء الدائن أحد الكفلاء أو تنازله عن حقه فى الحبس أو عن الرهن (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا تمسك المطعون ضده " الكفيل " بحكم المادة ٧٨٤ من القانون المدنى وطلب براءة ذمته من دين الضريبية لأن الطاعن

---

(١) توفيق حسن فرج ص ٥٢- سمير عبد السيد تناغو ص ٩٣ – نبيل إبراهيم سعد ص ١٥٨ .

(٢) توفيق حسن فرج ص ٥٧ .

وهو الدائن قد أضاع بتقصيره التأمين الخاص المقرر لهذه الضريبة وهو حق الامتياز المنصوص عليه بالمادة ٢٧ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبينة والمقرر على المبانى قبل إزالتها وعلى الأنقاض بعد هدمها ، وكان مفاد المادة ٢٧ سالفة الذكر أن للحكومة حق امتياز خاص بدين الضريبة على المبانى فإن الحكم المطعون فيه إذ رتب على أن الطاعن " الدائن " هو الذى تسبب بخطئه فى ضياع هذا الضمان الخاص المقرر بحكم القانون لدين الضريبة ، أن ذمة الكفيل – المطعون ضده – تبرأ بقدر ما أضاع من هذه الضمانات ، فإنه لايكون قد خالف حكم المادة ٧٨٤ من القانون المدنى ، ولا محل لما يثيره الطاعن من أن تأخيره فى المطالبة بالضريبة لايترتب عليه إلا مجرد إضعاف الضمان العام المقرر له على أموال مدينه وهو مانصت عليه المادة ٧٨٥ من القانون المدنى لأنها لاتنطبق على واقعة الدعوى " .

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٢٤)

الشرط الثانى :

أن تكون إضاعة التأمينات بخطأ الدائن :

وهذا الخطأ قد يكون بفعل إيجابى كإبراء أحد الكفلاء أو التنازل عن الرهن ، كما قد يكون بفعل سلبى مثل عدم قيد الرهن أو عدم تجديده .

ويعتبر الدائن مخطئا فى جميع الحالات متى خرج فى سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد .

وعلى الكفيل أن يثبت أن ضياع التأمين الخاص كان بخطأ الدائن .

والخطأ فى هذه الحالة قد يقع من الدائن شخصيا أو قد يقع ممن يسأل الدائن عن أعماله كالوكيل أو التابع .

وبالترتيب على ذلك إذا كانت إضاعة التأمينات بسبب آخر ، كما إذا هلك الشئ محل الرهن بسبب القوة القاهرة أو بفعل الغير أو بفعل المدين أو الكفيل فلا يكون الدائن مسئولا ، وبالتالى لايكون للكفيل أن يدفع بإضاعة التأمينات .

أما إذا كانت إضاعة التأمينات ناتجة عن خطأ مشترك بين الدائن والكفيل . فقد انقسم الرأى حول هذه المسألة . فذهب البعض إلى أنه فى حالة التقصير المشترك لاتبرأ ذمة الكفيل ولو جزئيا ، إذ لايصح له أن يتأذى من عمل اشترك فى إيقاعه أو على الأقل كان يمكنه تلافيه [1].

وذهب الآخرون إلى أن المسئولية توزع على قدر خطأ كل من الدائن والكفيل ، وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما وقع من الدائن من تقصير .

---

(١) السنهورى ص ٢٠٠ - محمد كامل مرسى ص ٦٧ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣٠ .

وهذا الرأى الأخير هو ما يرجحه الفقه . وهو فى الواقع ما يتفق والقواعد العامة فى الخطأ المشترك [١].

الشرط الثالث :

حصول ضرر للكفيل بسبب إضاعة التأمينات :

يشترط أن يترتب على إضاعة التأمينات حدوث ضرر للكفيل.

ويعتبر الضرر متحققا فى هذا الشأن بمجرد ضياع تأمين منتج ولو كان المدين موسرا أو كان الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمينات أخرى كافية لوفاء الدين ، لأن مجرد ضياع تأمين منتج من شأنه أن ينقص ضمانات الدين ويزيد احتمالات عدم تحصيله . وليس للدائن أن يعترض على ذلك بيسار المدين أو بأن التأمينات الباقية تجاوز قيمة الدين المكفول ؛ لأن اعتراضه يكون مردودا بأنه لا مصلحة له إذن والحال هذه فى أن يتمسك بالكفالة .

أما إذا كان التأمين الذى أضاعه الدائن غير منتج ككفالة شخص أصبح معسرا، أو رهن متأخر على عقار مثقل بديون تجاوز قيمته ، فلا يترتب على إضاعته ضرر للكفيل ولا يثبت بضياعه حق للكفيل فى براءة ذمته[٢] .

---

(١) محمد على إمام ص ١٨٧ – نبيل إبراهيم سعد ص ١٥٩ – رمضان أبو السعود وهمام زهران ص ١١٤ – أحمد سلامه ص٦٠ ومابعدها – وهو يذهب إلى أن القواعد العامة تقضى بتوزيع الضرر بنسبة الخطأ ، لم يستغرق أحد الخطئين الآخر – سليمان مرقس ١٠٨ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٠٨– محمد على إمام ص ١٨٨ ومابعدها .

ويجب أن يكون الضرر محققا ، فإذا كان ممكنا فقط فلا يبرأ الكفيل (١).

٤١ـ من له الحق في التمسك بالدفع بإضاعة التأمينات ؟

ليس لغير الكفيل أن يتمسك بالدفع بإضاعة التأمينات ، سواء أكان كفيلا متضامنا أم كفيلا عاديا .

ويجوز للكفيل الذى نزل عن حق التجريد أن يتمسك بهذا الدفع.

أما الكفيل العينى فيرى معظم الشراح أن له حق التمسك بالدفع، لأنه كالكفيل الشخصى لم يلتزم إلا بصفة تبعية وأنه مثله لم يتعهد إلا مع مراعاة الضمانات الموجودة وقت تعهده (٢).

ولكن البعض يرى أنه ليس له الحق فى التمسك بالدفع ، لأن الكفيل العينى لم يتعهد شخصيا بدفع الدين ، وهذا فرق بينه وبين الكفيل الشخصى ، وبما أن المادة لم تقرر إلا لمصلحة الكفيل الشخصى ، وهى تقرر حكما استثنائيا فيجب عدم التوسع فيه .

والدفع بإضاعة التأمينات مبناه فكرة التبعية ، ومن ثم لا يثبت للمدين المتضامن الذى يلتزم أصليا بالدين . فلو كان هناك مدينان متضامنان قدم أحدهما تأمينات لضمان الدين علاوة على التضامن

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٦٨ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٦٩ ومابعدها – محمد على إمام ص ١٨٤ .

ثم أضاع الدائن بتقصيره هذه التأمينات ، فإنـــه لايجـــوز للمـــدين المتضامن الآخر أن يدفع فى مواجهته بإضاعة التأمينـــات . إذ أن الرابطة التى تربطه به مستقلة تماما عن رابطة المدين المتضـــامن معه بنفس الدائن .

كذلك حائز العقار ليس له الدفع بإضاعة التأمينات[١] .

٤٢ـ أثر إضاعة التأمينات :

يترتب على توافر الشروط اللازمة لصحة الدفع بإضاعة الدائن التأمينات بخطئه أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئـــه من تأمين خاص .

ويجب على الكفيل التمسك فى مواجهة الـــدائن ببـــراءة ذمتـــه لإضعافه التأمينات ، لأن ذلك لايقع بقوة القانون ، فالدفع لايتعلـــق بالنظام العام .

ويجوز له التمسك به ولو أمام محكمـــة الاســـتئناف ، إلا أنـــه لايجوز له التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض .

ويتمسك الكفيل عادة ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات عن طريق دفع يبديه إذا طالبه الدائن بالوفاء وإذا كانت الصورة الغالبة هى أن الكفيل يدفع ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات إذا مـــا طالبـــه الـــدائن

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٦٩ وهامش (٢) – محمد على إمام ص ١٨٤– سليمان مرقس ص ١٠٢ .

بالوفاء ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يطلب الكفيل من القاضى بدعوى يرفعها ضد الدائن ، الحكم بتقرير براءة ذمته من الدين لإضاعة التأمينات [١].

---

(١) السنهورى ص ٢٠٣ – نبيل إبراهيم سعد ص ١٦٢ – محمد على إمام ص ١٨٩ ومابعدها .

مـادة (٧٨٥)

١- لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الـدائن تـأخر فـى اتخـاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها .

٢- على أن ذمة الكفيل تبـرأ إذا لـم يقـم الـدائن باتخـاذ الإجراءات ضد المدين خلال سته أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا .

الشــرح

٤٣- تأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات أو عدم اتخاذه لها :

إذا كان الأصل أن تأخر الدائن فى الرجوع على المدين أو عدم اتخاذ الإجراءات قبله لا يترتب عليه سقوط حقه فى مطالبة الكفيـل طبقا للفقرة الأولى من المادة ، إلا أنه ليس معنى ذلك عدم مسـاءلة الدائن إذا ترتب على تأخره أو عدم قيامه أصلا بالإجراءات ضـد المدين أضرار بالكفيل . بل تطبق فى هذه الحالة القواعد العامة فى المسئولية .

وتطبيق هذه القواعد يؤدى إلى أنه إذا كان تأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ، أو عدم اتخاذها أصلا قبل المدين خطأ ترتـب عليـه ضرر للكفيل ، تبرأ ذمة هذا الأخير بقدر ما أصابه من ضرر .

كما إذا أعسر المدين ، وثبت أن هذا الضرر نشأ عـن إهمـال ارتكبه الدائن [١].

---

(١) الدكتور همام محمد زهران التأمينات العينية والشخصـية دار المعرفـة الجماعية ص ١٧٠ ومابعدها – وكانت الفقرة الأولى من المـادة كمـا

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الفقرة الأولى اقتبسها المشروع من أحكام القضاء المصرى . وهى تقرر فى جزئها الأول حكما مجمعا عليه ، وهو أن الكفيل لاتبرأ ذمته لمجرد تأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، لأن للكفيل الحق فى الرجوع على المدين بمجرد حلول الأجل حتى لو مد الدائن الأجل له . على أنه قد تصدر من الدائن أعمال إيجابية (كتنازله عن حجز تنفيذى أو تحفظى أو حجز مال مدينه لدى الغير أو إجراءات التنفيذ العقارى أو وضع أموال المدين تحت الحراسة ، أو إيداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات فى خزينة المحكمة) أو أعمال سلبية (كعدم قيامه باتخاذ إجراء تنفيذى أو تحفظى لايستطيع الكفيل القيام به لجهله إياه أو لعدم وجود المستندات اللازمة لإجرائه ، وكذلك عدم التقدم فى التوزيع أو سقوط الحق بسبب التأخر أو الإهمال فى القيام بإجراء معين أو

وردت بالمشروع التمهيدى تجرى على أن : " ولاتبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، إلا إذا ترتب على خطئه ضرر للكفيل ، وبقدر هذا الضرر "-إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت من نهاية الفقرة عبارة " . إلا إذا ترتب على خطئه ضرر للكفيل وبقدر هذا الضرر " لأن فى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ما يغنى عن المعنى الذى قصدت هذه العبارة إلى استظهاره " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٧٨ ومابعدها) .

إبراز مستند ما) لايترتب عليها ضياع التأمينات ، ولكنها مع ذلـك تؤثر فى حق الكفيل فتضيعه أو تنتقص منه . كل هذه الأعمال يجب أن يسأل عنها الدائن طبقا لقواعد المسئولية ، مادام قد ترتب عليها ضرر للكفيل . والتقنين الحالى لم يتعرض لـذلك ، ولكـن بعض التقنينات الحديثة أوردت نصوصاً فى هذا الصـدد (أنظـر مـثلا التقنين الألمانى م ٧٧٦) . والمشروع ، قياسا على هذه التقنينات ، أورد هذه الفقرة مقتبسا حكمها مـن القضـاء المصـرى (راجـع استئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩١٥ ب ٢٨ ص ٤٦).

والفقرة الثانية استمد المشروع فكرتها من المشروع الفرنسـى الإيطالى (م٧٣٩) والتقنين السويسرى (م٥٠٢) والتقنين البولـونى (م٦٣٧) "[1].

٤٤ـ إنذار الكفيل للدائن :

رأينا فى البند السابق أنه إذا تأخر الدائن فى اتخاذ الإجـراءات أو لم يتخذها أصلا لايترتب عليه بمجرده براءة ذمة الكفيل ، وإنما يحاسب الدائن عليها وفقا للقواعد العامة .

أما الفقرة الثانية من المادة فهى تعطى للكفيل وسـيلة إيجابيـة وناجعة فى درء تكاسل الدائن أو غشه ، ولأن يقى نفسه بها مغبـة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٤٧٩ .

سلوك طريق النوع المتقدم من المحاسبة . فأباحت للكفيل أن ينبه الدائن إلى فعله هذا بحيث إذا قصر بعد ذلك برئت ذمة الكفيل مباشرة . ووسيلة تنبيه الدائن هى إنذاره بأن يتخذ إجراءات التنفيذ ضد المدين والمفروض أن يكون فى وسع الدائن أن ينفذ . وعلى ذلك إذا أنذره الكفيل ولم يكن أجل الدين المكفول قد حل فإن الدائن لايعتبر – عند عدم تنفيذه – مقصرا ، لأنه لايجوز التنفيذ أو المطالبة بمقتضى دين مؤجل ، وإذن فلكى يقع الإنذار صحيحا يجب أن يكون أجل الدين قد حل . والمقصود بالأجل هنا هو الأجل الأصلى . أما الأجل الإضافى الذى يمنحه الدائن للمدين بعد حلول الأجل الأصلى فإنه لا يمنع من صحة إنذار الكفيل [١].

٤٥ـ الأثر المترتب على إنذار الكفيل للدائن :

إذا أنذر الكفيل الدائن عند عدم اتخاذ الإجراءات عند حلول أجل الدين المكفول أو تأخره فى ذلك ، ترتب على ذلك أن يصبح الدائن ملزما باتخاذ هذه الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ وصول الإنذار للدائن ، فإن لم يفعل برئت ذمة الكفيل . والإجراءات تكون برفع الدعوى ضد المدين إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذى ، أو مباشرة إجراءات التنفيذ ضد المدين إذا كان بيده هذا السند .

ولايكفى أن يقوم الدائن بالبدء فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين

(١) توفيق حسن فرج ص ٥٤ ومابعدها – أحمد سلامه ص ٦٢ .

بل يجب عليه أن يسير فى هذه الإجراءات خلال ستة الأشهر المحددة وذلك بعناية الرجل المعتاد ، فلا يسعى إلى إطالة الإجراءات أو يهمل فيها حتى تطول وإلا كان مسئولا وفقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية .

فإذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات فى خلال المدة المحددة ، برئت ذمة الكفيل من الكفالة . على أنه يجوز أن يقدم المدين قبل انقضاء المهلة المحددة آنفا ضمانا كافيا للكفيل يضمن ما عساه أن يدفعه الكفيل للدائن . وكفاية هذا الضمان – عند المنازعة – تخضع بطبيعة الحال لتقدير قاضى الموضوع[1] . فإذا قدم هذا الضمان وكان كافيا وجب على الكفيل أن ينتظر ، فقد أمن على حقه إذا قام بوفاء الدين من بعد . فإذا وفى المدين الدين انتهى الأمر ، أما إذا لم يحدث هذا الوفاء ورجع الدائن على الكفيل فلا ضرر من ذلك فلدى الكفيل الضمان الكافى لاستيفاء حقه .

وللكفيل أن يدفع ببراءة ذمته لعدم اتخاذ الإجراءات فى خلال ستة الأشهر إما فى صورة دفع أو فى صورة دعوى .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١٦٤ – رمضان أبو السعود وهمام زهران ص ١١٧ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" لا وجه لما يقوله الطاعن الثالث من أن كفالته قـد انقضـت لتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين ذلك لأن قـوام هـذا النعى التمسك بتطبيق المادة ٧٨٥ من القانون المدنى وهـو دفـاع قانونى يخالطه واقع لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع ولم تكن عناصره الواقعية مطروحة عليها ومن ثم فلا تجـوز إثارتـه لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٧)

مــادة (٧٨٦)

إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين وإلا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخيــر من ضرر بسبب إهمال الدائن .

الشــــرح

٤٦ـ إهمال الدائن فى التقدم فى تفليسة المدين :

تواجه المادة حالة إفلاس المدين . وحرصت على حماية الكفيل، ذلك أن عناية الرجل المعتاد تقتضى عند إفلاس المدين وقد صــار موقف المدين حرجا ، أن يبادر الدائن دون حاجة إلى إنــذاره مــن جانب الكفيل باتخاذ ما يلزم لاقتضاء حقه بأن يتقدم فــى التفليســة بالدين الذى يضمنه الكفيل ، خاصة أن الكفيل لا يقبل تدخلــه فــى تفليسة المدين كما لا يقبل مباشرته إجراءات الرجوع على المــدين المعسر قبل أن يفى للدائن بدينه . ولذلك وجب على الدائن التقــدم بالتفليسة بالدين ، وإلا برئت ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر . فإذا كان من شأن تدخل الدائن أن يستوفى نصف دينه برئت ذمــة الكفيل بمقدار هذا النصف .

وتتقرر براءة الذمة إما بدفع دعوى الدائن له بالمطالبة بالدين أو بالاستشكال فى التنفيذ فى مواجهته أو بدعوى مبتدأة قبل الــدائن . فلا تبرأ ذمة الكفيل بقوة القانون ، لأن هذا الحكم لايتعلق بالنظــام العام [1].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣٧ .

ومتى تمسك الكفيل بسقوط حق الدائن فى الرجوع عليه لعـدم تقدمه فى تفليسة المدين ، تحمل الكفيل إثبات دفعه ، بأن يقيمَ الدليل على المبلغ الذى كان سوف يختص به الدائن من أمـوال التفليسـة حسبما تمت تصفيتها ، فيكون هذا المبلغ هو الذى أضاعه الـدائن ، وبالتالى ينحصر التزامه فى المبلغ الذى كان الدائن يحصل عليه لو تقدم فى التفليسة ، ويجوز للكفيل ضم دعوى الإفلاس . وإذا كـان تحقيق الدفع يتطلب خبيرا حسابيا للوقوف على مقدار المبلغ الـذى كان سيحصل عليه الدائن لو أنه تدخل فى التفليسة ، ندبت المحكمة هذا الخبير لهذه المأمورية [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" اقتبس المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسـرى (م٥١١) والتقنين البولونى (م٦٤٣) وليس له مقابـل فـى التقنـين المصرى ، ولا فى التقنين الفرنسى أو المشروع الفرنسى الإيطالى. على أن الحكم الوارد به أصبح من الواجب تقريره بعـد أن نـص المشروع على عدم مسئولية الدائن لمجـرد التـأخر فـى اتخـاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها "[٢].

وهذا الحكم يستفيد منه الكفيل المتضامن كالكفيل البسيط . ورغم

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٠١ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٨٣ ومابعدها .

أن المادة لم تشر إلا لحالة إفلاس المدين ، فإن الرأى على إعمال ذات الحكم فى حالة إعساره ، لتحقق ذات العلة وهى سقوط أجل الديون المؤجلة (م٢٥٥، ٢٧٣ مدنى) ، وتدافع الدائنين كل بإجراءاته الفردية في حالة الإعسار لاقتضاء حقه من المدين (مادة ٢٥٦ مدنى) . وبالتالى فإن تقاعس الدائن عن ذلك الواجب ، الذى يمثل العناية المنتظرة للرجل العادى ، يمثل خطأ من جانبه [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الحكم الابتدائى قد انتهى فى أسبابه إلى تقرير جواز رجوع الكفيل على المدين المفلس بما أداه من ديون لدائنيه وقضى فى منطوقه بندب خبير لبيان المبلغ الذى استفاده المدين مما أداه كفيله عنه فإن الحكم بذلك يكون قد قضى قضاء قطعيا فى أصل الحق المتنازع عليه وهو حق الرجوع وأنهى النزاع بين الطرفين فى هذا الخصوص وحصر الخصومة بعد ذلك فى بيان المبلغ الذى استفاده المدين المكفول مما أداه عنه الكفيل . وهذا الحكم القطعى يجوز الطعن فيه على استقلال وفقا لنص المادة ٣٧٨ مرافعات فإذا لم يستأنفه المحكوم عليه ومضى ميعاد استئنافه اكتسب قوة الشئ المحكوم فيه " .

(طعن رقم ٢٨١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٨/٢/٦)

---

(١) همام محمد زهران ص ١٧٧- السنهورى ص ٢١٠ - توفيق فرج ص٥٥ .

٤٧ـ الرجوع على كفيل المفلس :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٦١ من قانون التجارة الجديد على أن : " لايفيد من الصلح الواقى المدينون المتضامنون مع المدين أوكفلاؤه فى الدين ومع ذلك إذا وقع الصلح مع شركة أفاد من شروطه الشركاء المسئولون فى جميع أموالهم عن ديون الشركة إلا إذا نص فى عقد الصلح على غير ذلك " .

وسبب عدم إفادة المدينين المتضامنين أو كفلائه فى الدين من الصلح الواقى من الإفلاس ، أن الدائن عندما اشترط التضامن أو تقديم كفيل عند نشوء الدين كان حريصا على الحصول على دينه كاملا عند امتناع مدينه عن الوفاء أو عجزه عنه ، فليس من العدل أن تفقد هذه التأمينات الشخصية أثرها ، والإضرار بالدائن الحريص على هذه التأمينات .

وعلى ذلك يجوز لدائنى المفلس مطالبة كفيله بالدين المكفول بتمامه ولو حصل على الصلح مع المفلس ، وليس للكفيل الرجوع على المفلس بما أداه لدائنه زائدا عما ناله هذا الدائن بمقتضى الصلح(١) .

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الرابع ص ٩٦٦ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إنه وإن كان يجوز لدائنى المفلس طبقا للمادة ٣٤٩ من قانون التجارة مطالبة كفيله بالدين المكفول بتمامه ولو حصل الصلح مع المفلس ، إلا أنه من المقرر أنه ليس للكفيل أن يرجع على المدين المفلس بما أداه لدائنه زائدا عما ناله هذا الدائن بمقتضى الصلح ، وعلة ذلك أنه متى وفى المفلس بالأنصبة المشروطة للدائنين فى الصلح فلايجبر بعد ذلك على الوفاء بما تنازل عنه الدائنون من ديونهم وإلا لانعدمت منفعته من هذا التنازل وقصر الصلح عن تحقيق أهدافه " .

(طعن رقم ٧٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٣/١١)

٤٨ـ كفيل الصلح الواقى من الإفلاس :

تنص المادة (٢/٧٥٩، ٣ من قانون التجارة الجديد) على أن :

" ٢- ويجوز أن يعقد الصلح (الواقى) بشرط الوفاء إذا أيسر المدين خلال مدة معينة فى شروط الصلح على ألا تجاوز خمس سنوات من تاريخ التصديق على الصلح . ولايعتبر المدين قد أيسر إلا إذا زادت موجوداته على الديون المترتبة عليه بما يعادل عشرة فى المائة على الأقل .

٣- وللدائنين أن يشترطوا تقديم ضمان عينى أو شخصى لتنفيذ الصلح " .

وعلى ذلك يجوز في الصلح الواقى أن يشرط الدائنون على المدين تقديم كفالة لتنفيذ الصلح ، بحيث يكون مسئولا أمام جماعة الدائنين عن ذلك ، ويكون لهم مطالبته بالدين محل هذا الصلح ، وتكون له صفة فى كل ما يمس الصلح مما يوجب اختصامه فى الدعوى المتعلقة به [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٤٠ من القانون ٥٦ لسنة ١٩٤٥ بشأن الصلح الواقى من التفليسة والمادة ١/٤٢ من ذات القانون يدل على أنه يجوز لكل دائن تسرى عليه شروط الصلح الواقى من الإفلاس أن يرفع دعوى بفسخه وعليه أن يدخل الكفيل الذى يضمن تنفيذ شروط الصلح فى الدعوى فهو ذو شأن فيها لأن فسخ الصلح لايبرئه فيجوز للدائن الرجوع عليه بالدين ومن ثم يترتب على عدم إدخال الكفيل فى دعوى الفسخ براءة ذمته من الدين الذى كفله إذ لايمكن الاحتجاج عليه بحكم الفسخ لأنه لم يكن ممثلا فيه . لما كان ذلك وكانت الشركة الطاعنة - الدائن - لم تختصم المطعون ضده الكفيل فى دعوى فسخ الصلح الواقى التى أقامتها على المدينين فلا يكون لها الحق فى مطالبة الكفيل بالدين محل هذا الصلح وتبرأ ذمته منه " .

(طعن رقم ١٦٦٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/٤/٢٢)

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٠٣ .

مــادة (٧٨٧)

١- يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع .

٢- فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهــون أو محبــوس . وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل .

٣- أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقارى ، فــإن الــدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هــذا التــأمين ، ويتحمــل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين .

الشــرح

٤٩ـ التزام الدائن بتسليم المستندات وقت وفاء الكفيل بالدين :

تنص المادة ١/٧٨٧ على أن : " يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيــل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع " . ومن هذه المستندات مستندات الدين المكفول . وكذلك يجــب علــى الدائن أن يسلم الكفيل مخالصة بما وفاه . فإذا امتنع الدائن عن تسليم الكفيل هذه المستندات ، جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء ويلجأ عندئذ إلى الإيداع القضائى وبمقتضى هذا الإيداع يستطيع أن يحصل على شهادة بذلك [١].

وينشأ هذا الالتزام فى ذمة الدائن بقوة القانون وبمجرد اســتيفاء

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ١٣٢ .

الدائن حقه من الكفيل ، بل بمجرد إبداء الكفيل استعداده للوفاء بالتزامه .

ولجوء الكفيل إلى الإيداع القضائى فى حالة امتناع الدائن عن تسليمه مستندات الدين يعد تطبيقا أيضا لأحكام المادة (٣٤٩) مدنى التى تنص على أن : " لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فإذا وفى الدين كله ، كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغاءه. فإن كان السند قد ضاع ، كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند . فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشئ المستحق إيداعا قضائيا "[١].

٥٠ ـ الالتزام بالمحافظة على التأمينات الخاصة وإحلال الكفيل فيها عند وفائه بالدين :

إذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل .

أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقارى ، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين كالتأشير بذلك على هامش القيد ، مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذى قرر حق الاختصاص .

---

(١) سليمان مرقس ص ٨١ .

ويتحمل الكفيل هذه المصروفات على أن يرجع بها على المدين ، وعلة ذلك أن الكفيل يحل محل الدائن إذا وفى الدين وفى الرجوع على المدين بذلك . وهو يحل محله فى الحق ذاته وما يضمنه من تأمينات. ولذلك يجب أن يعمل الدائن على تمكين الكفيل من استعمال هذا الحق .

وللكفيل أن يمتنع عن الوفاء للدائن إذا لم يقم بهذا الالتزام ، ولايعتبر الكفيل مخلا بالتزامه ، وذلك حتى يضغط على الدائن ليحصل منه على هذه الضمانات(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يقرر هذا النص واجبا منطقيا على الدائن بإزاء الكفيل مبناه حلول الكفيل محل الدائن ، فيجب إذن أن يمكن له من هذا الحلول . والنص منقول عن المادة ٥٠٨ من تقنين الالتزامات السويسرى، مع شئ من التفصيل قصد به زيادة الإيضاح ومنع اللبس . وحكمه غنى عن التعليق إذ هو مجرد تطبيق للقواعد العامة "(٢).

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١١٢- رمضان أبو السعود وهمام زهران ص١٣٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٩٢ ومابعدها .

مـادة (٧٨٨)

١- لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين .

٢- ولايجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعـد تجريـده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسـك بهذا الحق .

الشــــرح

تجريد المدين :

٥١ - المقصود بتجريد المدين :

المقصود بتجريد المدين هو منع الدائن من التنفيذ علـى أمـوال الكفيل ، حتى ينفذ أولا على أموال المدين الأصلى ، وهو ما يسمى بالدفع بالتجريد .

وقد راعى الشارع فى هذا الدفع حماية الكفيـل وتأكيـد دوره الاحتياطى ووضعه التبعى . فالكفيل يلتزم عادة بالوفـاء بـدين لا مصلحة له فيه . فهو ضامن لدين غيره ، فمـن العدالـة ألا يـرى أمواله تنزع منه بينما أموال المدين قائمة لاتمس .

كما أنه على فرض السماح للدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل فإنه سيكون لهذا الكفيل الحق فى الرجوع على المدين بكل مادفعه عنه ، فاقتصارا للوقت والنفقات ينبغى أن نسمح للكفيل بأن يدفع بتجريـد المدين أولا قبل التنفيذ عليه حتى يتلافى بقدر الإمكان هذا الرجوع.

كما أن الدائن لا يضار بالبدء بالتنفيذ على أموال المدين لأن كل ما يهمه هو الحصول على دينه ويستوى لديه أن يحصل عليه من أموال المدين أو الكفيل [(١)].

والمشرع بذلك قد فرق بين مجرد مطالبة الكفيل قضائيا وبين التنفيذ على أمواله وخول الكفيل دفعا خاصا بكل من هاتين الحالتين وأنه جعل الدفع بالتجريد مقصورا على حالة التنفيذ على أموال الكفيل، فلا يجوز لكفيل أن يدفع بالتجريد بمجرد رفع الدعوى عليه لاستصدار حكما ضده بالدين ولا يكون هذا الدفع مقبولا منه إلا إذا اتخذت إجراءات التنفيذ على أمواله وكان الغرض من الدفع وقف تلك الإجراءات [(٢)].

٥٢ ـ الكفلاء وحدهم لهم حق الدفع بالتجريد :

الكفيل وحده هو الذى يستطيع الدفع بالتجريد ، فلا يجوز للمدين المتضامن أن يدفع بتجريد مدين متضامن معه . والأصل أن لكل كفيل شخصى أن يتمسك بالتجريد ، فهو لايحرم منه إلا إذا تنازل عنه أو كان متضامنا مع المدين . فلا ينظر فى الدفع بالتجريد ، إلى ما إذا كان الكفيل قد التزم بالكفالة بناء على طلب المدين أو بعلمه

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٣٤ وما بعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ٩٠ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس ص ١١٢ .

فقط أو برغم إرادته ، ولا فرق بين الكفيل الذى اشترط مقابلا لالتزامه والكفيل الذى تقدم بالضمان متبرعا ، وذلك لأن الدفع بالتجريد حق ثابت للكفيل فى مواجهة الدائن ، فلا تهم علاقته بالمدين .

وبخلاف الكفيل الشخصى ، لايحق للكفيل العينى أن يدفع بتجريد المدين . وفى ذلك تنص المادة ١٠٥٠ على أنه : " إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " [١].

٥٢ـ الأشخاص الذين يصح طلب تجريدهم :

يثبت الحق للكفيل فى تجريد المدين الذى كفله ، الذى يعتبر التزامه احتياطيا له . فإذا تعدد المدينون سواء كانوا متضامنين فيما بينهم أو غير متضامنين ، وكفلهم الكفيل جميعا ، كان له التمسك بتجريدهم جميعا . بينما إذا كفل أحدهم أو بعضهم دون البعض الآخر ، لم يكن له إلا التمسك بتجريد المدين أو المدينين الذى كفلهم دون باقى المدينين .

ولما كان الدفع بالتقسيم يخص نطاق مطالبة الدائن للكفيل فى حالة تعدد الكفلاء لذات المدين فى ذات الدين ، بينما الدفع بالتجريد

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٣٥ .

يخص أسبقية التنفيذ على المدين قبل الكفيل ، فى حدود التزامه بالضمان ، سواء كان منفردا أم متعددا فإنه ليس للكفيل فى حالة تعدد الكفلاء ولو كانوا متضامنين فيما بينهم ، لدى التنفيذ عليه من الدائن أن يطلب تجريد باقى الكفلاء ممن اشترك معه فى كفالة المدين المكفول عنه ، لأن أحدهم ليس كفيلا للآخر . ومن ثم فإن حق كفيل الكفيل – المصدق – فى التمسك قبل الدائن بتجريد الكفيل قبل الرجوع عليه ، ما لم يكن متضامنا معه ، يفسر بأن الكفيل يعتبر بمثابة المدين المكفول عنه بالنسبة للمصدق (م ٧٩٧ مدنى)[١].

٥٤ ـ شروط التمسك بالتجريد :

يشترط للتمسك بالدفع بالتجريد توافر الشروط الآتية :

١- ألا يكون الكفيل متضامنا :

وقد نصت صراحة على هذا الشرط المادة ٧٩٣ مدنى بقولها : " لايجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد " .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٧٩٣) .

٢- ألا يكون قد صدر من الكفيل تنازلا عن التجريد :

فقد قرر المشرع الدفع بالتجريد رعاية لمصلحة الكفيل ، ومن ثم فهو حق خاص له يملك التنازل عنه . وإذا تنازل الكفيل عن

---

(١) الدكتور همام محمد زهران التأمينات العينية والشخصية طبعة ١٩٩٩ ص ١٤٢ .

التجريد سقط حقه فى التمسك به ولم يعد فى إمكانه نهائيا أن يطالب بتجريد المدين .

والتنازل قد يتم وقت الكفالة أو بعد انعقادها ، وهو قد يكون صريحا كما يجوز أن يكون ضمنيا يستفاد من ظروف الأحوال ، كأن يقرر الكفيل مثلا أنه يلتزم بالدين كالمدين الأصلى أو أنه يقبل التنفيذ على أمواله كما لو كان مدينا أصليا . وفى كل الحالات يجب أن يكون قاطعا لا لبس فيه ، فإن كان هناك شك وجب أن يفسر لمصلحة الكفيل فيستبعد التنازل ، وبالطبع التنازل مسألة موضوعية تتعلق بتقدير الوقائع ومن ثم فلا رقابة عليها لمحكمة النقض .

وغالبا ما يستفاد التنازل الضمنى من عدم تمسك الكفيل بالتجريد فى الوقت المناسب رغم أن شروطه متوافرة . ويرجع ذلك إلى أن التجريد لا يحكم به القاضى من تلقاء نفسه وإنما يجب على الكفيل التمسك به فإذا توافرت شروط التجريد وتباطأ الكفيل رغم ذلك فى التمسك به فى الوقت المناسب اعتبر ذلك نزولا ضمنيا من جانبه عنه .

هذا وتنازل الكفيل عن التمسك بالتجريد لايحرم المصدق من المطالبة به ، فيجوز لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد كل من المدين والكفيل حتى ولو تنازل هذا الأخير عن حقه فى الدفع[1] .

---

(١) محمد على إمام ص ١٠٠ ومابعدها .

ولما كان النزول عن الحق لا يفترض فإنه يتعين إقامة الدليل ممن يتمسك بهذا النزول على اتجاه الإرادة الجازمة القاطعة من جانب الكفيل ، على النزول عن هذا الحق لأنه يدعى ما يخالف الأصل ، بحيث يفسر الشك لمصلحته (م١٥١ مدنى) بما مؤداه بقاء الأصل على حاله من حقه فى التمسك بالتجريد .

الشرط الثالث :

أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال للمدين تكفى لسداد الدين بتمامه .

(أنظر شرح المادة ٧٨٩) .

الشرط الرابع :

أن يتمسك الكفيل بالتجريد :

وهذا الشرط نصت عليه الفقرة الثانية من المادة صراحة بقولها:

" .... **ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق** ".

ذلك أن المشرع لم يقرر الدفع بالتجريد لمصلحة عامة وإنما راعى فيه جانب الكفيل .

وعلى ذلك لايعتبر التجريد من النظام العام ولايصح بالتالى للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها . بل يجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع .

والراجح أنه يجوز للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد فى أى وقت ما لم يصدر من الكفيل ما يدل على عدوله عنه [١].

---

(١) محمد على إمام ص ١٠٤- سمير عبد السيد تناغو ص ٧١ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" للكفيل غير المتضامن أن يتمسك فى أى وقت يكون مناسبا بالدفع بتجريد المدين . وذلك ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عن هذا الدفع " .

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/١/٢١)

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر من ظروف الأحوال قيام تنازل من جانب الكفيل عن حقه فى التجريد ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض .

على أنه يجب على القاضى ألا يستنتج وجود التنازل إلا إذا كانت ظروف الأحوال تقطع بقيامه ، فإذا كان هناك شك وجب عليه أن يستبعد وجوده .

هذا وسكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد فى حالة عدم توفر شروطه لا يمكن أن يعد تنازلا عنه ، ويجوز له أن يتمسك به عند تحقق شروطه ، حتى ولو كانت إجراءات التنفيذ قد تمت معظمها . فمثلا إذا لم تكن لدى المدين أموال كافية لوفاء الدين ثم آل إليه بعد ذلك ميراث فاستوفى الدفع شروطه ، كان للكفيل أن يتمسك به حتى ولو كانت إجراءات التنفيذ قد سارت شوطا كبيرا ، إذ لا يمكن أن يحمل سكوته عن الدفع به قبل ذلك على أنه تنازل عنه .

٥٥ ـ آثار الدفع بالتجريد :

للدفع بالتجريد أثران هما :

الأثر الأول :

عدم جواز البدء فى التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله أو وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بدأت فعلا.

فالدفع بالتجريد يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية ، فهذا الدفع لايقبل من الكفيل إلا عندما يشرع الدائن فى التنفيذ على أمواله بموجب سند تنفيذى .

ويكون تمسك الكفيل بالدفع عن طريق الاستشكال الوقتى فى التنفيذ أو بدعوى تنفيذ مستعجلة كما يجوز له ذلك عقب التنبيه على الكفيل بالوفاء وإيداع قائمة شروط البيع .

وعندما يقدم الدفع بالتجريد كإشكال وقتى فى التنفيذ أو كدعوى تنفيذ مستعجلة ، فإن قاضى التنفيذ يتصدى لتوافر مقوماته من ظاهر الأوراق الدالة على وجود أموال للمدين تفى بالدين كله . أما إن قدم كدعوى تنفيذ موضوعية ببطلان التنفيذ الذى تم ، نظرها قاضى النفيذ كسائر الدعاوى الموضوعية التى تنظرها محكمة الموضوع ، وبالتالى يجوز له سماع شهود وندب خبير وتوجيه اليمين واتخاذ سائر الإجراءات الموضوعية [١].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧١٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن الشارع قد وكل إلى المحكمة التى يقدم الكفيل إليها دفعه بتجريد المدين أمر الفصل فيما إذا كان الظاهر من أموال المدين الجائز حجزها يفى بأداء الدين بتمامه ، ثم الحكم بإيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافا مؤقتا أو بعدم إيقافها على حسب الأحوال ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية ، فلا رقابة لمحكمة النقض على ما تراه محكمة الموضوع فى ذلك " .

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/١/٢١)

إلا أن الدفع لا يقبل من الكفيل فى دعوى المطالبة بالدين التى يرفعها الدائن[١] .

---

(١) السنهورى ص ١٠٠- سليمان مرقس ص ١٢٨ ومابعدها - عكس ذلك سمير تناغو ص٧٦- همام محمد زهران ، فيريان أنه يجوز التمسك بالدفع فى دعوى المطالبة بالدين . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (محضر الجلسة الخامسة والثلاثين) وبعد مراجعة القانون القائم بناء على طلب معالى السنهورى باشا تبين أن سقوط حق الكفيل فى التمسك بالتجريد يكون عند التنفيذ فقط وليس عند رفع الدعوى ولذا رأت اللجنة إدماج الفقرة الثانية والثالثة فى فقرة واحدة حتى يكون حكم السقوط قاصرا على التنفيذ فقط . وقد اقتضى هذا تعديل الفقرة الثالثة التى أدمجت فى الفقرة الثانية بحيث يصدق حكمها على حالة التنفيذ فقط (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٩٨) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان البين من عقد الكفالة ومن تقرير الخبير المندوب فى الدعوى أن الطاعن الأول كفيل متضامن مع المدينة الأصلية - الطاعنة الثانية - وأن المطعون ضده استعمل حقه القانونى كدائن فى مطالبتهما معا بالدين المكفول ، هذا بالإضافة إلى أن الدفع بالتجريد لا يكون مقبولاً من الكفيل غير المتضامن إلا عندما يشرع الدائن فى التنفيذ على أمواله بسند قابل للتنفيذ وليس عند مطالبته بالدين ، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه إذ رفضت الدعوى بعدم قبول الدفع بالتجريد لا برفضه الدفع بعدم قبول الدعوى لاختصام الكفيل- الطاعن الأول - مع المدينة الأصلية - الطاعنة الثانية - بالمخالفة لما أوجبته المادتان ٢/٢٠١ من قانون المرافعات ، ٧٨٨ من القانون المدنى من عدم الجمع بين الكفيل والمدين فى كل طلب استصدار أمر الأداء الواحد ، ومن عدم الرجوع إلا بعد تجريد المدين الأصلى من أمواله يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٦١٤ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٢/٥/١٤)

ويفصل القاضى **فى الإشكال فإذا** رأى أن للكفيل حقا فى التمسك بالدفع ، فإن ما اتخذ من إجراءات **يصبح** لاغيا ويحمى ما يترتب عليها من آثار فتلغى مثلا إجراءات الحجز التنفيذى على منقولات الكفيل أو الموقع تحت يد الغير ويرفع الحجز ، ويلغى التنبيه بنزع

ملكية الكفيل ويمتنع على الدائن أن يجرى المقاصة بين التزام الكفيل نحوه وما يترتب فى ذمته تجاه الكفيل .

أما إذا رفض الإشكال ، استمر الدائن فى إجراءاته .

غير أن منع الإجراءات التنفيذية قبل الكفيل قبل تجريد المدين ، لايمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية فى مواجهته كلما تحققت دواعيها من خشية الدائن لفقد ضمان حقه (م٣١٦/٢ مرافعات) .

فيجوز للدائن أن يقطع التقادم بالنسبة لأموال الكفيل أو يقيد رهنا لصالحه أو يجدد قيد هذا الرهن أو يضع الأختام على تركته إذا مات أو يطلب تعيين قيم عليه إذا ما اعتراه عارض من عوارض الأهلية . كما أن له أن يحصل على حق اختصاص على عقار للكفيل بموجب حكم واجب النفاذ صادر لصالحه ضد الكفيل ، غير أنه لايجوز للدائن ، وقد حصل على حق الاختصاص أن ينفذ على عقار الكفيل إلا بعد تجريد المدين .

فإذا ترتب على التنفيذ تجاه المدين ، أن استوفى الدائن كامل حقه انقضى الدين الأصلى وبرئت ذمة الكفيل بالتبعية له . وإذا لم تسفر إجراءات التنفيذ عن استيفائه لكامل حقه ، لغير تقصير أو تراخى من الدائن كان للدائن أن ينفذ بما تبقى له على أموال الكفيل[1].

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٧٦ ومابعدها – الدكتور نبيل إبراهيم سعد ص ١٠٠ ومابعدها .

الأثر الثانى :

ضرورة قيام الدائن بإجراءات التنفيذ على أموال المدين بعناية الرجل العادى وعدم تراخيه فى ذلك . وهذا ما تقرره المادة ٧٩٠ من أنه: " فى كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين ، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة فى الوقت المناسب " .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٧٩٠) .

مـــادة (٧٨٩)

١- إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقوم على نفقتـــه بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله .

٢- ولاعبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل ، إذا كانت هـــذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية ، أو كانت أمـــوالا متنازعـــا فيها .

الشـــــرح

٥٦ـ وجـــوب إرشـــاد الكفيـــل الـــدائن إلى أمـــوال مملوكـــة للمدين تكفى الوفاء بالدين كله :

إذا طلب الكفيل التجريد ، فعليه عبء إرشاد الدائن إلى أمـــوال للمدين تفى بالدين كله فلا يكفى الإرشاد عن أموال تفى بجزء مـــن الدين فقط . وهو يتحمل فـــى ســـبيل ذلـــك النفقـــات اللازمـــة ، كمصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التـــى دل عليها الكفيل ومصروفات الشهادات العقاريـــة الخاصـــة بهـــذه الأموال .

ويجب فى الأموال التى يرشد عنها الكفيل فضلا عن كفايتها أن تكون قابلة للحجز عليها ، فالمال الذى لا يقبل الحجز عليه لا يمكن أن يكون عنصرا فى وفاء الدائن حقه وبالتالى تخرج مـــن نطـــاق الأموال التى تكفى للوفاء بحق الدائن .

وكذلك لايجوز أن يرشد الكفيل الدائن عن أموال للمدين محملة بحقوق عينية تبعية إلا إذا كانت هذه الأموال بعد التنفيذ عليها من أصحاب تلك الحقوق تكفى بعد ذلك لوفاء حق الدائن (١).

٥٧ـ يجب ألا تقع الأموال التى يرشد عنها الكفيل خارج الأراضى المصرية :

يلزم فى الأموال التى يرشد عنها الكفيل أن تكون موجودة فى مصر ، فلا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية .

والحكمة من ذلك واضحة وهى تجنب الدائن مشقة التنفيذ على أموال خارج مصر فضلا عن تأخره فى الحصول على حقه إذا باشر تلك الإجراءات فى الخارج .

٥٨ـ يجب ألا تكون الأموال التى يرشد عنها الكفيل متنازعا فيها :

يجب ألا تكون الأموال التى يرشد عنها الكفيل متنازعا فيها . فالمال المتنازع فيه غير مأمون العاقبة ، فقد يسفر فض النزاع عن أنه غير مملوك للمدين ، وهو على كل حال يصعب التنفيذ عليه إذ يقتضى منه غالبا التقاضى وما يترتب عليه من طول الإجراءات وتعقيدها .

---

(١) السنهورى ص ١٠٤- رمضان ابو السعود وهمام محمد زهران ص ١٢٤- سليمان مرقس ص ١٢١ .

ويذهب غالبية الفقه إلى أنه لا يشترط لاعتبار المال متنازعا فيه أن تكون هناك دعوى مرفوعة بشأنه ، بل يكفى أن يكون هناك نزاع جدى وفى ذلك اتساق مع حكم المادة ٢/٤٦٩ مدنى التى عرفت الحق المتنازع فيه[١] .

(١) السنهورى ص ١٠٤- رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ١٢٤ ومابعدها – سليمان مرقس ص ١٢١ ومابعدها .

مـــادة (٧٩٠)

في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين ، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب .

الشـــرح

٥٩ ـ مسئولية الدائن قبل الكفيل عن إعسار المدين :

إذا أرشد الكفيل الدائن عن أموال المدين ، فإنه يجب على الدائن بعد ذلك أن ينفذ على أموال المدين التي أرشد عنها الكفيل فإذا قـام بذلك ووجدها كافية واستوفى حقه كاملا برئت ذمة الكفيل أما إذا لم تكف هذه الأموال التي أرشد عنها الكفيل للوفاء بحق الدائن (كـأن تكون قيمتها قد انخفضت أو تكون أقل مما قدرته المحكمة أو يظهر دائنون عاديون لمزاحمة الدائن ، فإن الأخير يعود بعد ذلـك إلـى اتخاذ الإجراءات ضد الكفيل ولكن بشكل جديد بمعنى أن الإجراءات السابق اتخاذها قبل التمسك بالدفع والقضـاء فيه تعـد باطلة لا أثر لها.

أما إذا لم يبادر الدائن بعد التمسك بالدفع بالتنفيذ علـى أمـوال المدين التي أرشد عنها الكفيل أو تباطـأ فـي اتخـاذ الإجـراءات التنفيذية فإن الدائن يكون مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب .

فقد يقوم المدين بعد التمسك بالدفع من قبل الكفيل بتهريب أمواله أو إخفائها أو التصرف فيها (وخاصة إذا كانت أمواله منقولة يسهل تهريبها أو إخفاؤها أو التصرف فيها) أو أن يدل الكفيل على عقار للمدين فى يد الغير فيتباطأ الدائن فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم المكسب حتى تكاملت مدة التقادم للغير وملك العقار بهذا السبب من أسباب الملكية ، ففى مثل هذه الأحوال يتحمل الدائن نتيجة تقصيره وخطئه فيسأل عن إعسار المدين قبل الكفيل .

والمسئولية عن إعسار المدين تعنى براءة ذمة الكفيل بقدر ما كان يستطيع الدائن أن يحصل عليه من المدين فيما لو اتخذ الدائن الإجراءات فى الوقت المناسب . وعلى أية حال فإن عبء تقصير الدائن فى اتخاذ إجراءات التنفيذ على الأموال التى أرشد عنها الكفيل يقع على عاتق الأخير[١] .

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ١٢٧ ومابعدها .

مـــادة (٧٩١)

إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانونــا أو اتفاقــا لضـــمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معــه ولــم يكــن الكفيــل متضامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيــل إلا بعــد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين .

الشـــرح

٦٠ ـ تجريد المدين من التـأمين العينـى المخصـص لضـمان الدين المـكفول :

يلزم لإمكان الدفع بالتجريد – كما رأينا– أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال للمدين تكفى لسداد الدين بتمامه. وكثيرا مالا يتحقق هــذا الشرط عملا فيحرم الكفيل من مزايا التجريد .

وقد أراد المشرع أن ييسر الأمر على الكفيل من ناحية أخرى ، فأجاز له فى حالة خاصة أن يطالب بتجريد المدين من مال معــين حتى ولو كان هذا المال غير كاف لوفاء الدين .

ويتحقق ذلك فى حالة ما يكون الدين المكفول مضمونا بتــأمين عينى خصص للوفاء به وقت الكفالة أو قبلها ، إذ الكفيل فى مثــل هذه الحالة يكون فى الواقع قد اعتمد عند رضــائه بالكفالــة علــى وجود التأمين العينى الضامن للدين وهو بالتالى لم يقصد الالتزام إلا بما يزيد على قدر هذا التأمين ، وإذن فمن حقه أن يطالــب الــدائن بالتنفيذ أولاً على المال المخصص لوفاء الدين .

فيلزم لتطبيق حكم النص ما يأتى :

١- أن يكون الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمين عينى :

وقد يكون مصدر هذا التأمين العينى الاتفاق كالرهن الرسمى أو الحيازى ، كما قد يكون مصدره القانون كحق الامتياز .

ورغم أن المادة لا تنص إلا على التأمين العينى المخصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين فإنه يجوز أن يكون التأمين العينى حق اختصاص ، إذ هو يلحق بالرهن الرسمى ويعتبر فى الواقع نوعا منه ويسرى عليه ما يسرى على الرهن من أحكام .

وإذا كان الأمر ينحصر فى مجرد حق الدائن فى حبس مال من أموال المدين ضمانا للدين المكفول ، فإن ذلك لايعتبر تأمينا عينيا ولاينطبق حكم المادة فى هذه الحالة .

ولايهم أن يكون التأمين العينى واردا على منقول أو عقار .

كذلك لايهم أن يكون هذا التأمين مخصصا لضمان الدين المكفول وحده أم أنه يضمن هذا الدين مع ديون أخرى غيره .

كذلك يستوى أن يكون التأمين العينى كافيا لسداد الدين المكفول بتمامه أم أن قيمته لا تفى إلا بجزء منه فقط [١].

---

(١) محمد على إمام ص ١٠٩ - سليمان مرقس ص ١٣٣ .

٢- أن تكون الكفالة قد قامت بعد التأمين العينى أو معه :

وذلك لأن الكفيل يكون فى هذه الحالة قد اعتمد علـــى التـــأمين الخاص فى وفاء الدين المكفول وقصد ألا يلتزم إلا بما يجاوز قيمة هذا التأمين الخاص ، فلا يجوز من ثم التنفيذ على أمواله بأكثر مما قصد أن يلتزم به . أما إذا تقرر تأمين خاص بعد الكفالـــة ، فـــإن الكفيل لا يكون قد اعتمد عليه ولا قصد أن يقصر التزامه على مـــا يجاوز قيمة هذا التأمين ، فلا محل لإلزام الـــدائن قانونـــا بتجريـــد المدين من المال الذى تقرر عليه هذا التأمين اللاحق .

٣- أن يكون التأمين العينى قد تقرر على مال مملوك للمدين :

يجب أن يكون التأمين العينى قد تقرر على مال مملوك للمدين، ولو أن النص لم يشترط ذلك صراحة بل جـــاءت عبارتـــه مبنيـــة للمجهول بحيث تتسع لأن يكون تخصيص التأمين العينى لضـــمان الدين حاصلا من المدين نفسه أو من غيره .

ومما يؤيد ضرورة هذا الشرط موضع نص المادة (٧٩١) مـــن القانون ، والأعمال التحضيرية ، والمبادئ العامة .

وأما موضع النص من القانون ، فلأنه ورد عقـــب النصـــوص المتعلقة بحق التجريد بحيث يبدو ملحقابها ومتممـــا لهـــا ، ومـــادام الأمر كذلك فإنه يتعين القول بأن التأمين العينى المقصـــود بالمـــادة يلزم أن يكون مقدما من المدين ، إذ التجريد لايجـــوز إلا بالنســـبة لأموال المدين .

والحكمة من وضع المادة تؤيد هذا النظر أيضا . فالكفيل الذى يرضى بالكفالة مع وجود تأمين عينى ضامن للدين المكفول يعتمد على هذا التأمين ولا يقصد فى الواقع الالتزام إلا بما يجاوز قيمة الضمان العينى ، ولذلك يحق له أن يطالب الدائن بتجريد المدين أولا من التأمين الخاص ، فإن كان الأمر يتعلق بكفالة عينية أى بتأمين عينى قدم من غير المدين ، فإن كلا من الكفيل العينى والكفيل الشخصى يلتزم بالدين بصفة تبعية وعلى قدم المساواة ، كما أن من يقوم منهما بوفاء الدين يرجع على الآخر بقدر نصيبه . وهكذا لا يمكن القول بأن الكفيل الشخصي يعتمد عند رضائه بالكفالة على وجود كفيل عينى خصص ماله للوفاء بالدين المكفول .

أما القواعد العامة ، فتقضى باعتبار كل من الكفيل العينى والكفيل الشخصى فى مركز واحد لأن التزام كل منهما التزام احتياطى ولأن كل منهما إذا وفى الدين كان له أن يرجع على الآخر بقدر نصيبه من الكفالة .

وإذا كان الكفيل العينى لايجوز له أن يطلب تجريد المدين (المادة ١٠٥٠ مدنى) ، مع جواز ذلك للكفيل الشخصى ، فلا يوجد ما يسوغ أن يطلب أى من الكفيلين تجريد الآخر . وغاية الأمر أنه يجوز لكل منهما أن يدفع بالتقسيم إذا توافرت شروطه [(١)].

---

(١) سليمان مرقس ص١٣٣ ومابعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص١٣٠ - محمد على إمام ص ١١٠ ومابعدها .

أما عن الأعمال التحضيرية فيظهر منها أن لجنة المرحوم كامل صدقى باشا قد اقتبست هذا النص من المادة (١٠٧٢) من التقنين اللبنانى وهى تطابق المادة (١١٣٦) من التقنين المراكشى وقد اشترطت كلتاهما أن يكون التأمين الخاص واردا على مال مملوك للمدين ، وقد أشارت مذكرة المشروع التمهيدى عن نص المادة ١١٤٧ منه (المادة ٧٩١ مدنى جديد) إلى أنه (اقتبس من المادة ٤٩٥ فقرة ٢ من التقنين السويسرى وأن التقنين الألمانى جاء أيضا بحكم مشابه لهذا النص فى المادة ٧٧٢ فقرة ٢ منه ، وكلاهما يفترضان أن التأمين الخاص وارد على مال مملوك للمدين وقالت "إن النص الذى أورده المشروع يمتاز بدقة العبارة بحيث يستبعد أوجه النقد التى أثارها نص التقنين الألمانى والسويسرى . فالحكم الوارد بالمادة عام يشمل كل تأمين عينى من منقول أو عقار ، سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى "[1] . فلو أن واضع المشروع قصد أن يحيد عن التقنينين اللذين قارن بهما النص الذى وضعه فيما يتعلق بشروط ورود التأمين الخاص على مال مملوك للمدين لأشار إلى ذلك على الأقل فى مذكرته الإيضاحية فى معرض الموازنة التى عقدها بين نص المشروع والنصوص التى اقتبسه منها .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥١١ .

٤- ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين :

لأن الكفيل الذى يتضامن مع المدين ينزل بذلك عن حقه في التجريد ، فلا يجوز له طلب تجريد المدين من جميع أمواله ولا حتى من المال الذى خصص لوفاء الدين المكفول .

٥- أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع :

ذلك أن هذا الحق مقرر لمصلحة الكفيل وليس لمصلحة عامة . ومن ثم فالمحكمة لاتحكم به من تلقاءنفسها بل لابد أن يطلبه الكفيل. فإذا سكت عن التمسك به اعتبر متنازلا عنه وكان للدائن أن يمضى فى إجراءات التنفيذ ضد الكفيل دون حاجة لتجريد المدين من التأمين الخاص مقدما ، وإذا تمسك الكفيل بالدفع وكانت شروطه متوافرة ، تعين على القاضى الحكم بوقف إجراءات التنفيذ الموجهة ضد الكفيل والتزم الدائن بتجريد المدين أولاً من التأمين العينى ، فإذا استوفى الدائن دينه بتمامه من التأمين الخاص انقضى الالتزام الأصلى وانقضت الكفالة تبعا لذلك ، وإن تبقى له جزء من المدين رجع به على الكفيل[١] .

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١٠٧ – محمد على إمام ص ١١١ .

مـــادة (٧٩٢)

١- إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة .

٢- أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم .

الشـــرح

٦١- تعدد الكفلاء غير المتضامنين لدين واحد وبعقد واحد :

إذا كفل الدين كفيل واحد، كان للدائن أن يرجع إليه بكل الدين.

أما إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفى عقد واحد فإن ذلك يدل على أن كل كفيل منهم قد اعتمد على غيره من الكفلاء فى الوفاء بالدين ولذلك فإن الدين ينقسم عليهم عند مطالبة الدائن لهم .

ويشترط لكى يثبت للكفيل هذا الحق فى التقسيم توافر الشروط الآتية :

١- تعدد الكفلاء :

فلا مجال للتقسيم بين الكفيل والمدين ، فالدفع بالتجريد هو الذى يمكن أن يثار فى علاقة الكفيل بالمدين .

ويجب أن يكون الكفلاء متعددين ، فإذا كان الكفيل واحدا ، فلا مجال بداهة للتقسيم .

٢- أن تكون كل كفالة من هذه الكفالات المتعددة كفالة شخصية. أما إذا وجد بين الكفلاء كفيل عينى فلا يستفيد بهذا الحق فى التقسيم إذ أنه قدم مالا معينا لضمان المدين . فإذا جاء الدائن وأراد التنفيذ على هذا المال فإن الكفيل العينى لايستطيع أن يحتج بالدفع بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الشخصيين . وإنما - كما رأينا - يلتزم بألا ينفذ على أموال الكفيل الشخصى إلا بعد التنفيذ على المال الذى رهنه الكفيل العينى ضمانا للدين [١].

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٩٥ - السنهورى ص ١٦٧- وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أنه إذا اجتمع كفيل شخصى وكفيل عينى ، انقسم الدين بينهما باعتبار الكفيل الشخصى ملتزما بكل الدين والكفيل العينى ملتزما فى حدود قيمة المال الذى خصصه للوفاء .
فإن كانت هذه القيمة معادلة للدين أو مجاوزة إياه اعتبر الكفيل العينى ملتزما بكل الدين وانقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصى مناصفة ، أما إن كانت قيمة المال الذى رهنه الكفيل العينى أقل من قيمة الدين انقسم الدين بينهما بنسبة هذه القيمة إلى مجموع قيمة التزامهما ، أى أنه إذا كان الدين ثلاثة آلاف وقيمة المال المرهون نصف هذا المبلغ كان الكفيل الشخصى ضامنا ثلاثة الآلاف كلها والكفيل العينى ألفا وخمسمائة فينقسم الدين بينهما أثلاثا أى أن الكفيل الشخصى يكون ملزما بألفين والكفيل العينى بألف فقط (سليمان مرقس ص ١٥١- محمد على إمام ص ١١٣) .

٣- أن يكون الكفلاء المتعددون قد كفلوا مدينا واحد :

أما إذا تعدد المدينون لدين واحد وكانوا متضامنين فيما بينهم ، وقدم كل منهم كفيلا للدائن ، فإن الدين لاينقسم بين هؤلاء الكفلاء . إذ لا علاقة بينهم فكل منهم يضمن الدين الذى كفله وهو الدين فى مجموعه . لأن كل مدين متضامن يسأل عن الدين فى مجموعه .

أما إذا كان المدينون غير متضامنين فإن الدين ينقسم ابتداء على المدينين ، ويقسم بالتالى على الكفلاء ، لا لتعدد الكفلاء وانقسام الدين عليهم ، بل لتعدد المدينين وعدم التضامن بينهم .

ولكن شرط وحدة المدين لايعنى أن يكون شخصا واحدا ، فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين وتعدد الكفلاء ، وكفل كل منهم المدينين جميعا فإن شرط وحدة المدين يتحقق وينقسم الدين على الكفلاء (١).

٤- أن يكون الكفلاء المتعددون قد كفلوا دينا واحدا :

أما إذا اختلفت الديون فلا وجه للتقسيم ، ولذلك لايجوز لكفيل الكفيل أن يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين الكفيل ، لأن كل منهما يكفل دينا مختلفا ، فالكفيل يضمن التزام المدين أما كفيل الكفيل فهو يضمن التزام الكفيل .

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٨٣ ومابعدها .

ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم .

لأنه إذا كان الكفلاء المتعددين متضامنين ، فإن منطق التضامن يقضى بأن للدائن حقا فى أن يطالب أيا منهم بكل الدين . فإذا كان أحد الكفلاء متضامنا مع المدين فإنه يكون بذلك قد وضع نفسه فى نفس مركز المدين الأصلى ، وبالتالى فلا يحق له التمسك بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين ويسأل عن الدين كله ، ويثبت للكفلاء الآخرين الحق فى التقسيم إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم (١).

٦٢- آثار الدفع بالتقسيم :

إذا توافرت الشروط التى عرضنا لها فى البند السابق ، وجب على الدائن أن يقسم دعواه على الكفلاء ، فلا يكون له الحق فى أن يطالب أيا منهم إلا بقدر حصته من الدين . فإذا كان الدين ٣٠٠٠ جنيه كفله ثلاثة أشخاص ، فلا يجوز للدائن أن يطالب أيا منهم إلا بمبلغ ١٠٠٠ جنيه .

وتقسيم الدين بالتساوى يفترض أنه ليس هناك اتفاق على خلاف ذلك .

ويقع التقسيم بقوة القانون ولو لم يطلبه الكفلاء ويجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع فى أى حالة تكون عليها الدعوى ، بل يجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها دون حاجة لأن يتمسك به الكفيل .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٣٠- نبيل إبراهيم سعد ص ١١٠ .

ويترتب على ذلك أنه إذا أعسر أحد الكفلاء فإن الدائن هو الذى يتحمل حصة المعسر منهم وهذا بخلاف ما هو عليــه الحــال فــى فرنسا [١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" يلتزم الكفيل بتقديم الدليل على القدر الذى قبضه الـدائن مـن الدين حتى يمكن خصمه منه . ولا على المحكمة إن هى لـم تلـزم الدائن بتقديم هذا الدليل ".

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢١)

٦٣- التزام الكفلاء بعقود متوالية :

إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية عن دين واحد ، فـإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احـتفظ لنفسه بحق التقسيم .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٣٠ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ١١٠ ومابعدها .

مـادة (٧٩٣)

لايجوز للكفيل المتضامن أن يطلب التجريد .

الشـــرح

٦٤- حظر التجريد على الكفيل المتضامن :

يحظر على الكفيل المتضامن أن يطلب تجريد المدين .

والأساس القانونى لذلك هو أن الكفيل بارتضائه كفالة الدين على سبيل التضامن مع المدين يكون قد قصد إلى نفى الصفة الاحتياطية عن التزامه ، بحيث يكون للدائن أن يطالبه أو المدين بكـل الـدين بغير ترتيب بينهما وفقا لأحكام التضامن .

والتضامن الذى يعول عليه فى حرمان الكفيل من الدفع بالتجريد هو تضامن الكفيل مع المدين .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " التجريد رخصة تخول الكفيل غير المتضامن الحق فى أن يمنع التنفيذ على أمواله وفاء للدين المكفول إلا بعد فشل الدائن فـى استيفاء حقه من المدين . ومن ثم فإن التجريـد لا يكـون إلا فـى العلاقة بين الدائن والكفيل وبصدد شروع الدائن فى التنفيـذ علـى أموال الكفيل ولا يثبت للكفيل المتضامن .... الخ " .

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٦)

كما قضت بـأن :

" حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين غير مقيد بأى قيد فإذا كان الحكم قد انتهى إلى أن الشريك المتضامن قد أخطأ فى الكفالة التى عقدها مع الغير بإخفائه حقيقة صفته فى النيابة عن الشركة ورتب على ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة- التى ادعى الشريك أنه يمثلها - مع المدين فى الوفاء بالدين فإنه لا يؤثر فى تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامنين الآخرين . ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان آخرين مسئولين لأن مسئوليته مردها الخطأ التدليسى " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧)

أما إذا كان الكفيل متضامنا مع غيره من الكفلاء - فى نطاق عقد كفالة واحد لكفالة مدين واحد فى ذات الدين (م٧٩٢/١) دون أن يكون متضامنا مع المدين فإنه إذ يمتنع عليه التمسك بالحق فى التقسيم بحيث يصبح مسئولا قبل الدائن عن كل الدين المكفول ، فإنه يصح له التمسك بتجريد المدين قبل التنفيذ عليه .

والتضامن لا يفترض ، وإنما يكون إما بناء على اتفاق أو نص فى القانون .

مــادة (٧٩٤)

يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غيــر المتضامن من دفوع متعلقة بالدين .

الشــــرح

٦٥ ـ تمسك الكفيل المتضامن بما يتمسك به الكفيل غـير المتضامن من دفوع :

الكفيل المتضامن فى التقنين المدنى الجديد لـيس فــى مركــز المدين المتضامن ، بل يبقى كفيلا التزامه تابع للالتزام الأصلى .

ويجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غيــر المتضامن من دفوع متعلقة بالدين .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٨٢) مدنى على أن للكفيل " أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين " .

فللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك ببطلان التزام المــدين لعيب فى الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لأى سبب آخر .

كما له أن يتمسك بإبطال التزام المدين لعيب من عيوب الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه ، وله أن يتمسك بنقص أهلية المدين إلا إذا انصبت الكفالة على نقص الأهلية ، وله أن يتمسك بانقضاء الالتزام بغير الوفاء كالتجديد أو المقاصة أو الإبراء أو اتحاد الذمة أو التقادم ، كما يستطيع التمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن من تأمينات

كانت مقررة لصالح المدين إذا تأخر في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين وكذلك بما أضاعه بسبب عدم تقدمه في تفليسة المدين .

كما يجوز للكفيل التمسك بالدفوع المتعلقة بالتزامه قبل الدائن ؛ كغلط في إبرام الكفالة أو تدليس وقع فيه أو إكراه اضطره لإبرام الكفالة ، أو لنقص في أهليته هو .

ويضاف إلى ذلك الدفوع التي وردت في مواد الكفالة ، كالدفع بالتجريد بالنسبة للكفيل غير التضامن مع المدين والدفع بعدم جواز رجوع الدائن على الكفيل غير المتضامن ، والدفع بالرجوع على التأمين العيني أولا ، والدفع بإعسار المدين بعد إرشاد الكفيل عن أمواله .

والدفع بعدم التنفيذ لحين تسليم مستندات الدين ، والدفع بسقوط حق الدائن في الرجوع على الكفيل خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الدائن باتخاذ الإجراءات [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" المادة ١١٥١ تبحث في مركز الكفيل المتضامن مع المدين . وقد كان هذا المركز دائما محل خلاف شديد : هل يعتبر الكفيل المتضامن في حكم المدين المتضامن فلا يجوز له التمسك بغير دفوعه الشخصية والدفوع المتعلقة بالدين دون الدفوع الخاصة

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٢٦ ومابعدها– السنهوري ص ١٢٨ ومابعدها .

بالمدين ، أم أن له أن يتمسك بكل الدفوع التى يتمسك بهـا الكفيـل العادى مع حرمانه من حق التقسيم والتجريد ؟ والتشريع المصـرى (م٥٠٩/٦٢٢) ، ويجاريه المشروع فى ذلك ، يؤيد الرأى القائل بأن الكفيل ، متضامنا أم عاديا ، له أن يدفع بكل دفوع الدين ، ماعـدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به . ويتفق هذا الرأى فى الواقـع مع اتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل فى التمسك بكـل الدفوع التى للمدين حتى الشخصية منها .

كذلك يجارى القضاء المصرى هذا الرأى أيضا (أنظر علـى الأخص نقض ٦ يونيه سنة ١٩٤٠ المحامـاة ٢١ ص ٣٢٢ رقـم ١٥٤ – استئناف أهلى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحامـاة ٢٠ ص ١١٦٢ رقم ٤٩١ – استئناف مختلط ١٤ فبراير سـنة ١٨٩٥ ب٧ ص١٣٧– ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ ب ١٣ ص ٢٣– ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ ب ٢٣ ص ٢٧٣– راجع مع ذلك بنى سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٠٠ رقم ٦٠٠)[١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١– " إن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لاتغير مدة التقادم بالنسبة للكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليـه معه " .

(طعن رقم ٢٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٦/٦)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٢٥ ومابعدها .

٢- " الكفيل المتضامن وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادى والتى لا تتفق أساسا مع فكرة التضامن ، إلا أنه يظل ملتزما التزاما تابعا يتحدد نطاقه - طبقا للقواعد العامة - بموضوع الالتزام الأصلى فى الوقت الذى عقدت فيه الكفالة " .

(طعن رقم ٤٣١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٥)

٣- (أ)- " كفالة المدين وإن كانت تجوز بغير علمه ورغم معارضته ، إلا أن التزام الكفيل يظل بحسب الأصل - تابعا للالتزام الأصلى ، فلا يقوم إلا بقيامه ، ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع المتعلقة بالدين ".

(ب)- " متى كان الطاعن - الكفيل المتضامن - قد دفع لدى محكمة الموضوع بانعدام الكفالة لعدم نشوء الدين فى ذمة المدين ، وأنه وقع على السند قبل حصول نجله - المدين- على المبلغ الثابت به ، ورفض الحكم المطعون فيه الأخذ بدفاعه استنادا إلى " أن المستأنف عليه - الطاعن - بوصفه محاميا على دراية واسعة بالقانون لا يقبل منه هذا الدفاع . ولا يمكن أن يتبادر إلى الذهن إلا أنه وقع على السند بعد أن قبض نجله الدين الثابت به ، فضلا عن أنه ليس للمستأنف عليه أن يتحدى بأنه وقع على السند باعتباره ضامنا لنجله فى دين مستقل بعد أن وعده المستأنف بأنه سيقوم بدفع هذا المبلغ لنجله المذكور ، لأن هذه الأقوال المرسلة لا تكفى لهدم

ما ثبت فى سند المديونية من أن الدين تم قبضه من المدين الأصلى " فإن هذا الذى قرره الحكم لايصلح ردا على دفاع الطاعن ، لأن توقيع الطاعن بصفته ضامنا متضامنا على السند المطالب بقيمته والذى خلا من توقيع المدين لايدل بذاته على وجود الدين المكفول فى ذمة هذا الأخير ، كما أن القول بدراية الطاعن الواسعة بالقانون لايصلح تبريرا لقضائه فى هذا الخصوص ، طالما كان القانون يجيز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول . إذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلط بين إثبات الالتزام الأصلى والالتزام التابع ، وكانت القرائن التى ساقها لاتؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فى خصوص إثبات الدين ، فإنه يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال والخطأ فى القانون " .

(طعن رقم ٢٢٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨)

٤- " لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن لم يسبق له الدفع أمام محكمة الموضوع ببطلان تضامنه مع المدين فى الوفاء بالدين المطالب به ، فإنه لايجوز له إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٦/١٦)

مادة (٧٩٥)

في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين .

الشرح

٦٦- المقصود بالكفالة القضائية :

تكون الكفالة قضائية فى الأحوال التى يلزم فيها المدين بتقديم كفيل بمقتضى حكم من القضاء ودون أن يكون ملزما بموجب نص فى القانون أو بمقتضى الاتفاق بينه وبين الدائن . ويلاحظ أن الحكم بتقديم كفيل يخضع للسلطة التقديرية للقاضى .

ومثل ذلك ما تقضى به المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات من أنه : " يجوز الأمر بالنفاذ المعجل بكفالة أو بغير كفالة فى الأحوال الآتية :

١- الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والمرتبات .

٢- إذا كان الحكم قد صدر تنفيذاً لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى أو مشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة أو كان مبنيا على سند رسمى لم يطعن فيه بالتزوير وذلك متى كان المحكوم عليه خصما فى الحكم السابق أو طرفا فى السند .

٣- إذا كان المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام .

٤- إذا كان الحكم مبنيا على سند عرفى لم يجحده المحكوم عليه .

٥- إذا كان الحكم صادرا لمصلحة طالب التنفيذ فى منازعة متعلقة به .

٦- إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له .

وتقضى المادة (٢٩٣) من تقنين المرافعات بأنه :

" فى الأحوال التى لايجوز فيها تنفيذ الحكم أو الأمر إلا بكفالة ، يكون للملزم بها الخيار بين أن يقدم كفيلا مقتدرا ، أو أن يودع خزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية مافيه الكفاية وبين أن يقبل إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة أو تسليم الشئ المأمور بتسليمه فى الحكم أو الأمر إلى حارس مقتدر .

وتقضى المادة ٢٩٤ بأن : " يكون إعلان خيار الملزم بالكفالة إما على يد محضر بورقة مستقلة وإما ضمن إعلان السند التنفيذى أو ورقة التكليف بالوفاء .

ويجب فى جميع الأحوال أن يتضمن إعلان الخيار تعيين موطن مختار لطالب التنفيذ تعلن فيه الأوراق المتعلقة بالمنازعة فى الكفالة ".

وتنص المادة ٢٩٥ على أنه : " لذوى الشأن خلال ثلاثة الأيام التالية لهذا الإعلان أن ينازع فى اقتدار الكفيل أو الحارس أو فى كفاية ما يودع على أن يتم إعلان المنازعة خلال الميعاد بتكليف الخصم بالحضور أمام قاضى التنفيذ المختص ويكون حكمه فى المنازعة انتهائيا .

وإذا لم تقدم المنازعة فى الميعاد أو قدمت ورفضت أخذ علــى الكفيل فى قلم الكتاب التعهد بالكفالة أو على الحارس قبوله الحراسة ويكون المحضر المشتمل على تعهد الكفيل بمثابة سند تنفيذى قبلــه بالالتزامات المترتبة على تعهده " .

ويبين من هذه النصوص أنه فى ظل قانون المرافعات الحالى ، أن الكفالة القضائية التى تقدم ضمانا فى النفاذ المعجل ، تتخذ شكل الكفالة بالمعنى الصحيح ، أى يلتزم شخص بضمان تنفيــذ التــزام الدين المكفول فى حالة تخلف الأخير عن تنفيذه .

ومن **أمثلة الكفالة القضائية** أيضا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٨٢٩ مدنى من أن : " للمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقــت على قرار تلك الأغلبية (فى المال الشائع) ، أن تقرر مع هذا مــا تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات ".

أما إذا كان سبب التزام المدين بتقديم كفيل ، هو فــى الأصــل الاتفاق أو القانون ، ولم يأت الحكم إلا إقرارا بوجود هذا الالتــزام فلا تعتبر الكفالة قضائية بل تظل اتفاقية أو قانونية بحسب مصدرها الأصيل . فإذا التزم المدين بتقديم كفيل لدائن ولم يقم بالوفــاء بمــا تعهد به ، أو إذا ادعى المنتفع بمنقول أنه فى حل من تقديم كفيــل ، ثم رفع الأمر إلى القضاء فحكم فى الحالتين بإلزام المــدين بتقــديم

الكفيل ، كانت الكفالة اتفاقية أو قانونية على حسب مصدرها الأصلى الذى لم يأت الحكم إلا تأييدا وإقرارا له [١].

٦٧ـ المقصود بالكفالة القانونية :

تكون الكفالة قانونية فى كل حالة يلتزم فيها المدين بتقديم كفيل بمقتضى نص فى القانون [٢].

ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

١- " ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ مدنى من أنه : " إذا تعرض أحد للمشترى مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر ، ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا ".

٢- ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٩٩٢ مدنى من أنه : " إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به فإن لم يقدمها بيع المال المذكور ووظف ثمنه فى شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها " .

والكفالة فى هذه الحالة تكون ضمانا لوفاء المنتفع بالتزامه برد الشئ المنتفع به بعد انتهاء حق الانتفاع .

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٤٥ .
(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٢ .

٣- ما تقضى به المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات مـن أن : " النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصـادرة فـى المـواد التجارية وذلك بشرط تقديم كفيل " .

٦٨- تضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية أو القانونية :

تكون الكفالة دائما تضامنية فى الكفالة القضائية أو القانونية أى حيث يكون مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو حكـم القضـاء أو نص القانون والحكمة فى ذلك أن نص القانون أو حكـم القاضـى لايلزم المدين بتقديم كفيل للدائن إلا حيث يكون هذا الأخيـر محـلا لرعاية خاصة ، ومن ثم يلزم تضامن الكفيل حتى يقـوى ضـمان الدائن .

والقانون القديم كان يقصر هذا الحكم على الكفالة القضائية فقط ، أما التقنين الجديد فقد جعله شاملا للكفالة القضائية والقانونية علـى السواء نظرا لتحقق حكمة النص فى الحالتين .

ويلاحظ أن النص قاصر على تضامن الكفيل . ومن ثم لايبـدو أنه ينصرف إلى المصدق (كفيل الكفيل) .

كذلك يلاحظ أن التضامن المقصود من النص هو تضامن مـن الكفيل القانونى أو القضائى مع المدين ، فهـو لا ينصـرف إلـى تضامن الكفلاء القانونيين أو القضائيين فيما بينهم .

وهناك من الشراح من يرى أن المقصود بالنص هـو تقريـر

التضامن فى حالة الكفالة القضائية أو القانونية سواء بين الكفيل والمدين أو فيما بين الكفلاء .

وهذا الرأى محل نظر لأن نص المادة ٧٩٥ ورد فى سياق النصوص الخاصة بتضامن الكفيل مع المدين ومن ثم لم يقصد به غير هذه الصورة من التضامن . والأعمال التحضيرية تؤيد هذا النظر ، فقد كان النص فى أصله الوارد بالمشروع يشير علاوة على تضامن الكفيل مع المدين إلى تضامن الكفلاء فيما بينهم ثم حذف منه الجزء الخاص بتضامن الكفلاء مما يقطع برغبة المشرع فى قصر الحكم على تضامن المدين مع الكفيل [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لم يعرض التقنين الحالى للكفالة التضامنية فى نصوص منفصلة قائمة بذاتها، بل أورد أحكامها متفرقة فى المواد ٤٩٨/٦٠٨ و٤٩٩/٦٠٩ و٥٠٢/ ٦١٢و٥٠٤/٦١٥ - ٦١٦ و٥٠٦/٦١٨ . وقد تفادى المشروع ذلك .

فالمادة ١١٥٠ تبين حالات الكفالة التضامنية . والأحكام الواردة بها متفقة مع التقنين الحالى . فالفقرة الأولى التى تقرر وجوب اشتراط التضامن بين الكفيل والمدين صراحة تطابق الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩٨/٦٠٨. والفقرة الثانية تقرر وجوب اشتراط التضامن

---

(١) محمد على إمام ص ١١٨ ومابعدها .

ما بين الكفلاء الملتزمين بعقد واحد ، وهو الحكم الـوارد بالمـادة ٥٠٤ فقرة أولى /٦١٥ . أما الفقرة الثالثة ، وهى التى تنص علـى التضامن فى الكفالة القضائية فحكمهـا وارد بالمـادة ٤٩٩/٦٠٩ ، غير أن المشروع جعل النص عاما شاملا فأضـاف إلـى الكفالـة القضائية الكفالة القانونية " [١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١-(أ)- " للمدين فى حالة رجوع الكفيل عليه بدعوى الحلـول القانونى أن يتمسك فى مواجهة الكفيل بالدفوع التـى كـان لـه أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن ومن ذلك الدفع بالتقادم الثلاثى المقرر فى المادة ١٧٢من القانون المدنى القائم لدعوى التعويض الناشـئة عن العمل غير المشروع ومن ثم للمطعـون ضـده (التـابع) أن يتمسك قبل الطاعنة (المتبوع) بهذا التقادم متى انقضى على علـم المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه ثلاث سـنوات من تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم الذى استحدث هـذا التقـادم دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض وعلى أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة للتـابع كمـا لايعتبر الحكم الذى يصدر فى تلك الدعوى حجة عليه إذا لم يختصم فيها " .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٢٨ .

٢- (ب) - " إن المتبوع حين يوفى التعويض إلى الدائن المضرور إنما يحل محل هذا الدائن فى نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع ومن ثم يجوز للمدين التابع أن يتمسك بانقضاء هذا الحق بالتقادم كما كان يستطيع التمسك بذلك قبل الدائن فهذا الدفع إنما يرد على حق الدائن الأصلى الذى انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن فيه والذى يطالب به المتبوع تابعه وليس على حق المتبوع فى الرجوع على هذا التابع " .

(ج)- " مدة التقادم لا تتغير بصدور حكم بالدين طبقا للمادة ٢/٣٨٥ من القانون المدنى - كصريح هذا النص - إلا بالنسبة لمن يعتبر الحكم حجة عليهم وله قوة الأمر المقضى قبلهم " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

٢- (أ)- " مسئولية المتبوع من أعمال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وهى تقوم على فكرة الضمان القانونى ، فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد . ومن ثم فإن للمتبرع الحق فى أن يرجع على تابعه محدث الضرر بما يفى به من التعويض للمضرور كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه مسئول عنه وليس مسئولا معه . وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن

للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكـون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر . ولم يقصد بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه ".

(ب)- " مطالبة المضرور للمتبوع بالتعويض مطالبة قضـائية وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة للمتبوع إلا أنها لاتقطعـه بالنسـبة للتابع وذلك أخذا بما نصت عليه المادة ٢٩٢ من القانون المدنى من أنه إذا انقطعت مدة التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين . وإذا كـان قطـع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لايترتـب عليـه أثـر بالنسبة لباقى المدينين فمن باب أولى لا يكون لقطع التقادم بالنسـبة للكفيل ولو كان متضامنا مع المدين الأصلى أثر بالنسبة إلـى هـذا المدين ".

(ج)- " لئن كان لايحق للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض المحكوم به للمضرور إلا إذا قام بأدائه للمضرور، إلا أن القضاء قد أجاز للمتبوع أن يختصم تابعه فى الدعوى التى يرفعها المضـرور وحده وأن يطالب المتبوع فى هذه الدعوى الحكم غلى تابعه بما قـد يحكم به عليه للمضرور وذلك لما للمتبوع من مصلحة فـى هـذا الاختصام لأن مسئوليته تبعية لمسئولية التابع فإذا استطاع هذا درء مسئوليته وهو بطبيعة الحال أقدر من المتبوع على الدفاع عن نفسه ، استفاد المتبوع من ذلك وانتفت بالتالى مسـئوليته هـو ، وإذا لـم

يستطع التابع ، كان حكم التعويض حجة عليه فلا يمكنــه أن يعــود فيجادل فى وقوع الخطأ منه عندما يرجع عليه المتبوع بمــا أوفــاه للمضرور من التعويض المحكوم به . وطبيعى أنه إذا حكم للمتبوع فى تلك الدعوى على التابع بما حكم به للمضرور على المتبوع فإن تنفيذ الحكم الصادر للمتبوع على التابع يكون معلقــا علــى وفــاء المتبوع بالتعويض المحكوم عليه للمضرور " .

(د)- " حق المتبوع فى الرجوع على تابعه وإن كان لاينشــأ إلا من تاريخ الوفاء عملا بالمادة ٣٨١ من القــانون المــدنى إلا أنــه يشترط لذلك ألا يكون التعويض الذى يوفى به قــد ســقط بالتقــادم بالنسبة للتابع ، ومن ثم فإذا تبين عند الفصل فــى الــدعوى التــى رفعها المضرور على المتبوع واختصم هذا فيهــا تابعــه أن حــق المضرور قبل التابع قد سقط بالتقادم وتمسك التابع بهذا التقادم فإنه لايجوز أن يحكم عليه بشئ للمتبوع لأنه لاجدوى من حكم لايمكــن تنفيذه ولو حكم للمضرور على المتبوع بالتعويض بسبب رفع الأول الدعوى على الثانى قبل انقضاء مدة تقادمها. وهذه النتيجة أدى إليها ما أجازه القانون للمضرور من حق فى الرجوع بــالتعويض علــى المتبوع وحده إذا آثر المضرور ذلك دون حاجــة إلــى اختصــامه التابع فى الدعوى ، وما تقتضيه نصوص القــانون مــن أن رفــع الدعوى على المتبوع لايقطع التقادم بالنسبة للتابع " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٣-(أ)- " مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور ، وتقوم على فكرة الضمان القانونى ، فيعتبر المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ، ومن ثم فإذا أوفى المتبوع التعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه ، وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر، ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه ".

(ب)- " للمتبوع عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع على التابع بدعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى والتى ليست إلا تطبيقا للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين . وإذ كان للمدين فى حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك فى مواجهة الكفيل

بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن ، فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذى أوفى التعويض عنه للمضرور بانقضاء حق هذا الدائن المضرور قبله بالتقادم الثلاثى المقرر فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ، على أساس أنه انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض على أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع ، لايقطع التقادم بالنسبة إليه ، والتقادم هنا لا يرد على حق المتبوع فى الرجوع على التابع ، وإنما على حق الدائن الأصلى الذى انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن " المضرور " فيه والذى يطالب به المتبوع تابعه ، ذلك بأن المتبوع حين يوفى التعويض للدائن المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن فى نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع " .

(ج)- " يستطيع المتبوع الرجوع على تابعه بالدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ مدنى التى تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . وهذه الدعوى سواء كان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة فإن المتبوع لايستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا

لم يفد شيئا من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى للكفيل قبل المدين ، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده ".

(طعن رقم ٨٧١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٠)

٤- " إذ كانت جمهورية مصر العربية قد وافقت بمقتضى القانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٦ المنشور فى الوقائع المصرية فى ١٩٥٦/٥/٦ عدد ٣٦ مكرر (ج) على الاتفاقية الدولية الخاصة بالاسترداد المؤقت للسيارات الموقع عليها فى نيويورك بتاريخ ١٩٥٤/٦/٤ وبهذا صارت هذه الاتفاقية تشريعا نافذا فى مصر تطبق على المنازعات الخاضعة لها بوصفها قانونا داخليا كما هو الحال بالنسبة لسائر المعاهدات الدولية التى تمت الموافقة عليها ، وإذ نصت تلك الاتفاقيات فى المواد ١٠، ١٣/٣ ، ١٨ ، ٢١، ٣٣ على أن تجديد تراخيص الاستيراد المؤقت يكون بناء على طلب تتقدم به الهيئة الضامنة للترخيص ، الأمر الذى مفاده أن طالب الترخيص ملزم بتقديم كفيل أسمته الاتفاقية بالهيئة الضامنة وألزمت نصوص تلك الاتفاقية هذه الهيئة الضامنة بالتزامات عديدة منها ما نصت

عليه فى المادة ٢٧ من وجوب تقديم الدليل على إعادة تصدير المركبات أو الأجزاء المكونة لها خلال سنة من تاريخ إخطارها بعدم الوفاء بشرط تراخيص الاستيراد المؤقت وإلا التزمت بإيداع رسوم وضرائب الاستيراد الواجب أدائها وذلك بصفة مؤقتة ويصير الإيداع نهائيا بعد سنة من تاريخه ، لما كان ذلك فإن هذا الضمان الذى قدمه المطعون ضده الاول - نادى السيارات - للمطعون ضده الثانى بشأن بقاء السيارة التى استوردها الأخير لمدة عام يعد كفالة قانونية مصدرها نصوص تلك الاتفاقية سالفة الذكر والتى توجب تقديم هيئة ضامنة ، ومن ثم يكون المطعون ضده الأول كفيلا متضامنا بحكم القانون نفاذا لنص المادة ٧٩٥ مدنى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى إلى أن كفالة المطعون ضده الأول للثانى هى كفالة بسيطة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٦٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢)

٥-(أ)- "مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور ، وتقوم على فكرة الضمان القانونى فيعتبر المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن

يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه ، وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر ، ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه " .

(ب)- " للمتبوع عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع على التابع بإحدى دعويين الأولى دعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى والتى ليست إلا تطبيقا للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين ، والدعوى الثانية هى الدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ من ذات القانون التى تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى وفاه عنه بالدعوى الشخصية التى قررها المشرع فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى لكفيل قبل المدين، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه

الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعة هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده " .

(ج)- " المصروفات القضائية وأتعاب المحاماه تمثل نفقات فعلية تكبدها المحكوم لهما فى تلك الدعوى فتعتبر من قبيل التعويض وتأخذ حكمه فى حلول المتبوع فى كل ما وفى به من التعويض محل الدائن المضرور ومن ثم يكون للطاعن أن يرجع على تابعه المطعون ضده لاقتضاء هذه المصروفات بدعوى الحلول".

(طعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧)

مادة (٧٩٦)

إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم .

الشرح

٦٩ رجوع الموفى على باقى الكفلاء المتضامنين :

إذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين فيما بينهم . وقام أحدهم بالوفاء بالدين كله ، أصبح له الحق فى أن يرجع على باقى الكفلاء إما بالدعوى الشخصية التى تستند إلى قواعد الإثراء بلا سبب ، وإما بدعوى الحلول محل الدائن .

ويرجع الموفى على باقى الكفلاء كل بقدر نصيبه فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر من الكفلاء . وليس ذلك سوى تطبيق للقواعد فى التضامن فى حالة رجوع أحد المتضامنين على الباقين (المادتان ٢٩٧، ٢٩٨ مدنى) .

ويشترط لكى يرجع الكفيل على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية أن يكون قد وفى الدين كله للدائن عند حلول أجله ، فإذا لم يوف إلا بحصته لم يكن له أن يرجع على الباقين بشئ . أما إذا وفى أكثر من نصيبه وقبل منه الدائن هذا الوفاء ، كان له الحق فى الرجوع على غيره من الكفلاء كل بنسبة حصته فى الدين (فى حدود ما زاد على حصته) .

ويشترط أن يكون هذا الوفاء مبرئا لذمة باقى الكفلاء تجاه الدائن . ولذلك يجب أن يكون هذا الوفاء صحيحا . فإذا كان باطلا لم يكن له أن يرجع على غيره من الكفلاء ، وإذا كان الدين المكفول لم يحل أجله بعد ودفعه الكفيل قبل حلول الأجل ، فلا يستطيع أن يرجع على غيره من الكفلاء إلا عند حلول الأجل .

وإذا كان الكفيل الذى وفى الدين قد ارتكب تقصيرا ، كأن لم يخطر الدائن بعزمه على الوفاء وقام المدين بالوفاء مرة ثانية ، لم يجز للكفيل الرجوع على غيره من الكفلاء ، لأن وفاء الكفيل لم يبرئ الكفلاء الآخرين بل الذى أبرأ ذمتهم هو وفاء المدين[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" المادة ١١٥٢ تطابق المادة ٦١٨/٥٠٦ من التقنين الحالى وحكمها هو الحكم الطبيعى المقرر فى حالة تعدد المسئولين عن الدين ، كما أن تطبيقه لم يثر صعوبة ما فى العمل " [2].

٧٠ـ رجوع الكفيل الشخصى على الكفيل العينى :

إذا وفى الكفيل العينى بالدين ، كان له أن يرجع على باقى الكفلاء شخصيين أو عينيين كل بمقدار حصته فى الدين أما إذا وفى

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ١٤٩ ومابعدها – توفيق حسن فرج ص ٨٢ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٣٠ .

كفيل شخصى بالدين كله ، كان له أن يرجع على الكفيل العينى بمقدار حصته فى الدين .

وفى تحديد هذه الحصة يجب أن ينظر إلى مقدار المال الذى قدمه الكفيل العينى فإذا كان مساويا للدين كله كان مسئولا عن الدين كله ، وإذا كان مساويا لنصف الدين أو ربعه ، كان مسئولا عن نصف الدين أو ربعه وهكذا[١] .

٧١ ـ إلغاء النيابة المتبادلة بين الكفلاء المتضامنين :

لم يأخذ القانون المدنى الجديد – على خلاف التقنين المدنى القديم – بقاعدة النيابة المتبادلة بين المدينين المتضامنين[٢] ، بحيث

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ١٥٠ .

(٢) فقد قضت محكمة النقض فى ظل التقنين القديم بأن : " جرى قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم بأن مؤدى نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة أحد المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لاتحادهم فى المركز والمصلحة اتحادا اتخذ منه القانون أساسا لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر ساريا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطالبة منه للآخرين ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء المتضامنين وقاطعا لمدة التقادم بالنسبة لهم ".

(طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٠)

إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة لأحدهم فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين ، وليس للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا ، وهو ما يخضع له الكفلاء المتضامنون فى ظل القانون المدنى الجديد [1].

٧٢ـ الحكم الصادر على الكفيل المتضامن لا يعتبر حجة على المدين :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الحكم الذى يصدر على الكفيل المتضامن لا يعتبر حجة على المدين إذا لم يكن مختصما فى الدعوى وذلك سواء فى القانون المدنى أو فى القانون القائم فقد استقر قضاء محكمة النقض فى ظل القانون الملغى على أن حكم المادة ١١٠ منه الذى يقضى بأن مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين بسريانه على باقى المدينين ، هذا الحكم لايسرى إلا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض لايجوز أن يسوى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لايصيره مدينا أصليا بل يبقى التزامه

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٣٣ .

تبعيا . أما القانون القائم فقد نص فى المادة ٢٩٦ منه على أنـــه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم لايعتبر الحكم الصادر ضد أحدهم حجة على باقيهم ومن باب أولى لايكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

مـــادة (٧٩٧)

تجوز كفالة الكفيل ، وفى هذه الحالة لايجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل .

الشـــرح

٧٣ـ كفيل الكفيل :

كفيل الكفيل هو شخص يلزم بوفاء التزام الكفيل إذا لم يقم هذا بالوفاء به ، ويقال له المصدق . وتعتبر كفالته فى الصف الثانى ، أى أنه ليس كفيلا للمدين بل كفيل لمن كفل المدين . فيعتبر الكفيل الأول فى علاقته بكفيله فى مثل مركز المدين الأصلى بالنسبة إلى كفيله .

ويترتب على ذلك أن كل ما يشترط لانعقاد الكفالة وما يتعلق بآثارها وانقضائها يسرى على كفيل الكفيل . ولايختلف فى كل هذا مركز المصدق عن مركز الكفيل ، إلا ما جاء نتيجة لكونه مدينا فى الدرجة الثالثة .

فلا يكون التزام المصدق صحيحا إلا إذا ارتكز على كفالة صحيحة ، بمعنى أن يكون التزام الكفيل فى ذاته صحيحا ومرتكزا بدوره على التزام صحيح . وللمصدق أن يتمسك بجميع الدفوع الخاصة به والناتجة من العقد الذى التزم بمقتضاه ، وله كذلك أن يتمسك بالدفوع الخاصة بالكفيل والدفوع الخاصة بالمدين .

ودفوع المصدق مستقلة عن دفوع الكفيل ودفوع المدين ، فتنازل أحد هذين الأخيرين عن دفوعه لايحرم المصدق من التمسك بها[١] .

٧٤ـ رجوع المدين على كفيل الكفيل :

لايجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل .

والمقصود بالرجوع هنا رفع دعوى المطالبة واتخاذ إجراءات التنفيذ .

ويجوز لكفيل الكفيل فوق ذلك أن يطلب تجريد المدين . ولا يؤثر فى حقه هذا أن يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى تجريد المدين . ولا أن يكون الكفيل متضامنا مع المدين مادام كفيل الكفيل غير متضامن لا مع الكفيل ولا مع المدين .

ويكون لكفيل الكفيل إذا ما وفى الدين حق الرجوع بما وفاه على الكفيل أو على المدين أو عليهما معا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يعالج هذا النص موقف المصدق . والفقرة الأولى منه مطابقة للمادة ٧٢٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهى خاصة بحالة وجود مصدق مع عدة كفلاء يلتزمون بجميع الدين ، فإن الدائن

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٩٧ – سليمان مرقس ص ١٤٨ .

لايرجع على المصدق إلا إذا لم يمكنه الرجوع على الكفلاء والمدين الأصلى "[١] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٣٢ ومابعدها .

٢ـ العلاقة ما بين الكفيل والمدين

مـادة (٧٩٨)

١- يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقـوم بوفـاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هـذا قـد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى بـبطلان الدين أو بانقضائه .

٢- فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فـى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسـباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه .

الشـــرح

٧٥ ـ وجوب إخطار الكفيل المدين قبل الوفاء :

يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الـدين ، وذلك سواء أراد الكفيل أن يقوم بوفاء الدين من تلقاء نفسه أو طالبه الدائن بالدين مطالبة قضائية .

وحكمة ذلك خشية أن يكون المدين قد وفى الدين قبل أن يوفيـه الكفيل فينقضى الدين ويكون وفاء الكفيل للدين بعد ذلـك غيـر ذى فائدة .

وخشية أن يكون للمدين وقت استحقاق الدين أسباب تبطل الدين أو تقضيه من غير الوفاء به[1] .

---

(١) السنهورى ص ١٤٣ - توفيق حسن فرج ص ٧١ .

وليس للإخطار شكل خاص ، فقد يكون بإنذار على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهة ويقع عبء إثبات الإخطار على عاتق الكفيل . والإخطار يرد على واقعة مادية ، وبالتالى يجوز إثباته بكافة طرق الثبوت القانونية ومنها البينة والقرائن [١].

٧٦- اعتراض المدين على الوفاء :

إذا قام الكفيل بإخطار المدين قبل أن يقوم بالوفاء ، فإن من واجب الأخير أن يعترض على الوفاء إذا كان لديه من الأسباب ما يدعو لذلك .

وليس للاعتراض شكل خاص ، بل هو يتم على النحو الذى ذكرناه بالنسبة للإخطار .

ويجب أن يصل اعتراضه إلى الكفيل فى وقت مناسب . فإن سكت ولم يعترض فى وقت مناسب فإنه يكون مقصرا ويحق للكفيل الرجوع عليه حتى ولو كان قد دفع الدين من قبل أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه . فالكفيل هيأ له فرصة الاعتراض على الوفاء ولكنه لم يعترض رغم ذلك ، ومن ثم فهو يتحمل نتيجة تقصيره . أما إذا قام بالاعتراض لدى الكفيل فى الوقت المناسب ، فإنه يجب على هذا الأخير أن يمتنع عن الوفاء

---

(١) السنهورى ص ١٤٣ .

وأن يترك الدائن يمضى فى الإجراءات ، والمدين مسئول امامه عن كل ضرر يصيبه من ذلك ، وله إذا شاء أن يذخلـه فـى الـدعوى ليبدى ما عنده من دفوع .

فإذا قام الكفيل بالوفاء رغم الاعتراض سقط حقه فى الرجـوع على المدين إذا أثبت أن أسباب اعتراضه كانت تؤدى إلى رفـض مطالبة الدائن كليا أو جزئيا .

وتقدير الوقت المناسب الذى كان على المدين أن يعترض فيـه متروك لقاضى الموضوع [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما الفقرة الثانية ، فقد أضافها المشروع . وهى تقرر واجبـا عكسيا فى جانب المدين ، إذ يجب عليه إذا أخطره الكفيل بعزمـه على الوفاء أو بالمطالبة الحاصلة له من الدائن أن يعتـرض علـى ذلك . فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ووفى الكفيل الدين فعـلا ، كان له أن يرجع على المدين حتى لوكان هذا الأخير قد دفع الدين . أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه "[٢] .

٧٧ـ أثر قيام الكفيل بالوفاء دون إخطار المدين :

إذا قام الكفيل بالوفاء دون إخطار المدين بذلك ، سقط حقه فـى الرجوع على المدين إذا ثبت أن المدين كان قد وفى الدين ، أو أنـه

---

(١) محمد على إمام ص ١٣٩ – أحمد سلامه ص ٨٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٤٠ .

كان عنده وقت الاستحقاق من الأسباب ما يمكن الاستناد إليه في بطلان الدين ، كانعدام المحل أو السبب أو مخالفته للنظام العام والآداب ، أو لنقص أهليته أو وجود عيب في رضائه ، أو أنه كان قد انقضى بالمقاصة أو اتحاد الذمة أو مضى المدة أو غير ذلك من أسباب الانقضاء . فإذا لم يثبت المدين شيئا من ذلك احتفظ الكفيل بحقه في الرجوع عليه كاملا رغم عدم إخطاره مقدما .

فإذا أثبت أن الإخطار كان يؤدى إلى اعتراضه على الوفاء بجزء من الدين فقط كان للكفيل الرجوع عليه بالقدر الباقي من الدين[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" قرر التقنين المصري (م٥٠٧/٦١٩) نقلا عن التقنين الفرنسي (م٢٠٣١) التزاما على الكفيل بإخبار المدين قبل الوفاء للدائن حتى يعترض عليه إن كان هناك وجه لذلك، كما أنه يخطره بالمطالبة الحاصلة من الدائن ، فإذا أهمل الكفيل في ذلك ووفى الدين دون أن يخطر المدين بعزمه على الوفاء أو بالمطالبة الحاصلة له من الدائن، مع أنه كانت لدى المدين أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه ، كان مسئولا عن ذلك . وقد أخذ المشروع بهذا الحكم في الفقرة الأولى من هذه المادة ، وهي تكاد

---

(١) محمد علي إمام ص ١٣٩ – توفيق حسن فرج ص ٧١ .

تكون مجرد تكرار للمادة ٦١٩/٥٠٧ من التقنين الحالى ، مع شـــئ من الإيضاح والتبسط فى العبارة "[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٣٩ ومابعدها .

مادة (٧٩٩)

إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين .

الشرح

دعوى الحلول للكفيل :

٧٨ـ حلول الكفيل محل الدائن عند الوفاء بالدين :

إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين ، أى أنه يرجع على الدائن بدعوى الحلول.

ويعتبر هذا النص تطبيقا للقاعدة العامة فى دعوى الحلول المنصوص عليها بالمادة ٣٢٦ من التقنين المدنى والتى تجرى على أنه : " فإذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه " .

وهذا الحلول للكفيل محل الدائن هو حلول قانونى يتم بقوة القانون بدون حاجة إلى اتفاق خاص فى هذا الصدد .

٧٩ـ شرطا رجوع الكفيل بدعوى الحلول :

يشترط لرجوع الكفيل بدعوى الحلول توافر الشرطين التاليين :

الشرط الأول :

أن يقوم الكفيل بوفاء الدين عن المدين :

ولكن لايهم طريقة الوفاء ، فقد يكون الوفاء نقدا أو مقاصة أو وفاء بمقابل أو تجديد .

ويجب أن يكون الكفيل قد وفى الدين كله سواء كان ضمنه كله أم ضمن جزءا منه فقط . فإذا كان الكفيل قد وفى بجزء من الدين فلا يرجع بدعوى الحلول إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين . وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة التى تقضى بها الفقرة الأولى من المادة ٣٣٠ مدنى من أنه إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

غير أنه إذا أوفى الكفيل جزءا من الدين إلى الدائن واستوفى باقى الدين من المدين ، كان للكفيل الحق فى الرجوع على الدائن بدعوى الحلول . أما إذا استوفى الدائن جزءا من حقه من الكفيل والجزء الباقى من شخص آخر غير المدين ، كان لهذا الشخص الآخر طبقا للقواعد العامة أن يحل محل الدائن فى الرجوع على المدين بدعوى الحلول كذلك .

وعندئذ تطبق القواعد العامة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من

المادة ٣٣٠ مدنى التى تقضى بأنه إذا حل شخص محل الدائن فيما بقى له من حق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول كـل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة غرماء[١] .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " لما كان المتبوع - وهو فى حكم الكفيل المتضـامن - لايستطيع الرجوع على تابعه عند وفائه التعويض للدائن المضرور بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذ كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القـانون لمصـلحة الـدائن المضرور وحده فإنه لايكون للمتبوع فى رجوعه على المـدين إلا دعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٧٩ من القانون المدنى وهى تطبيق للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الـدين عـن المدين " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ١٤٢- عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٧١ .

٢- " دعوى الحلول التى يستطيع المتبوع - وهو فى حكم الكفيل المتضامن - الرجوع بها على تابعه عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور هى الدعوى المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى والتى ليست إلا تطبيقا للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين . وإذا كان للمدين فى حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك فى مواجهة الكفيل بالدفوع التى له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذى أوفى التعويض عنه للمضرور بانقضاء حق هذا الدائن قبله بالتقادم الثلاثى المقرر فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس أن اختصامه فى الدعوى تم بعد اكتمال هذا التقادم بالنسبة إليه وعلى أساس أن اختصامه فى الدعوى تم بعد اكتمال هذا التقادم بالنسبة إليه وعلى أساس أن رفع المضرور الدعوى على المتبوع لايقطع التقادم بالنسبة إليه " التابع " والتقادم هنا لا يرد على حق المتبوع فى الرجوع على التابع وإنما على حق الدائن الأصلى الذى انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن " المضرور " فيه والذى يطالب به المتبوع تابعه ذلك بأن المتبوع حين يؤدى التعويض

للدائن المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن فى نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع ".

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٣- (أ)- " يستطيع المتبوع الرجوع على تابعه بالدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ مدنى التى تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . وهذه الدعوى سواء كان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة فإن المتبوع لايستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئا من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى للكفيل قبل المدين ، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده " .

(ب)- " للمتبوع عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع على التابع بدعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى والتى ليست إلا تطبيقا للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور

والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين. وإذ كان للمدين فى حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك فى مواجهة الكفيل بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن ، فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذى أوفى التعويض عنه للمضرور بانقضاء حق هذا الدائن المضرور قبله بالتقادم الثلاثى المقرر فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ، على أساس أنه انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض على أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع ، لايقطع التقادم بالنسبة إليه ، والتقادم هنا لايرد على حق المتبوع فى الرجوع على التابع ، وإنما على حق الدائن الأصلى الذى انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن " المضرور " فيه والذى يطالب به المتبوع تابعه ، ذلك بأن المتبوع حين يوفى التعويض للدائن المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن فى نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع " .

(طعن رقم ٨٧١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٠)

الشرط الثانى :

أن يتم الوفـــاء عند حلول الأجل :

يجب أن يتم الوفاء بالدين عند حلول الأجل . فإذا قـــام الكفيـــل بوفاء الدين قبل حلول أجله وبغير رضاء الدائن ، لم يكـــن لـــه أن يرجع بدعوى الحلول إلا عند حلول الأجل . وقد يحـــدث أن يجـــد سبب لانقضاء الدين بين وفاء الكفيل بالدين وبين حلول الأجل، فلا يرجع الكفيل بدعوى الحلول عندئذ ، كما إذا كان الدين قد انقضـــى فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحـــاد الذمـــة مثلا ، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين .

٨٠ ـ ما يرجع به الكفيل على المدين فى دعوى الحلول :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين ". وهذا الإيجاز تفسره القاعدة العامة الواردة فى المـــادة ٣٢٩ التـــى نصت على أنه : " من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقـــه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع . وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن ".

وبالترتيب على ذلك يرجع الكفيل على المدين بما يأتى :

(أ) الحق الذى كان للدائن إذا هو حل محله فيه : وعلى ذلـــك إذا لم يكن هذا الحق قائما فإن الكفيل لايستطيع الرجوع . وقد نبهت

مذكرة المشروع التمهيدى إلى صورة من ذلك فقالت : " فإن كان قد وفى قبل حلول الأجل ، باتفاق مع المدين ، فإنه يكون له كذلك أن يحل محل الدائن قبله . فإن كان الوفاء قبل الأجل قد تم بغير رضاء المدين ، فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه فى الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلا ، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين "(١) .

(ب)- الرجوع بالحق بماله من خصائص، سواء نشأت من اتفاق الدائن والمدين ، أم نص عليها القانون .

وعلى ذلك لايحق للكفيل أن يرجع قبل حلول الأجل المضروب لوفاء الدين ، بل ولا حتى قبل فوات الأجل الذى منحه القاضى .

كما يكون حق الكفيل خاضعا لنوع التقادم الذى خضع له حق الدائن ، فالحقان من هذه الناحية عبارة عن شئ واحد ، وتظل الصفة المدنية أو التجارية قائمة كذلك ، فلو كان الدين المكفول تجارياكان كذلك حق الكفيل ، بكل ما تستتبعه هذه الصفة من نتائج ، من حيث الاختصاص وسعر الفائدة والإثبات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان أساس دعوى رجوع الكفيل على المدين بما أوفاه عنه هو حلول الكفيل محل الدائن فى الرجوع على المدين – حلولا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٤٣ ومابعدها .

مستمدا من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل ومستندا إلى المادتين ١/٣٢٦ ، ٣٢٩ من القانون المدنى اللتين تقضيان بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه وأن من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع وكان القرض - المكفول- عملا تجاريا بالنسبة لطرفيه فإن الكفيل الموفى يحل محل الدائن الأصلى فيه بما له من خصائصه ومنها صفته التجارية وبالتالى يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها " .

(طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٥)

وإذا كان دين الدائن ثابتا بسند تنفيذى استعمل الكفيل هذا السند ولم يكن به حاجة للحصول على سند آخر .

وأخيرا إذا اتفق الدائن والمدين على عقد الاختصاص لمحكمة معينة لزم أن يرجع الكفيل إليها .

(ج) - يحل الكفيل محل الدائن فى حقه بما يلحقه من توابع . فيستفيد من الفائدة إذا كان متفقا عليها بين الدائن والمدين ، ولكنه يلتزم بسعرها . أما إذا لم يكن الدين منتجا للفوائد ، فلا يستحق الكفيل شيئا منها غير ما تعطيه له القواعد العامة من فوائد قانونية تبدأ من وقت المطالبة القضائية .

ويعتبر تابعا للحق دعوى الفسخ ، فلو ضمن الكفيل المشترى فى دفع الثمن ، ثم دفع الكفيل الثمن للبائع وفاء لدين المشترى ، انتقل إلى الكفيل حق البائع بما يتبعه من دعوى الفسخ لعدم وفاء المشترى بالثمن .

ويعتبر كذلك من التوابع الشرط الجزائى الذى اشترطه الدائن على المدين [١].

(د) يحل الكفيل محل الدائن فى حقه بما يكفله من تأمينات . وعلى ذلك فإن جميع التأمينات التى كانت تضمن للدائن الوفاء بدينه تنتقل إلى الكفيل لتضمن له رجوعه بما دفع على المدين .

والعبرة هنا بالتأمينات الموجودة وقت قيام الكفيل بالوفاء ، وبالحالة التى كانت عليها وقت هذا الوفاء .

فالرهن ينتقل بمرتبته ولايحتاج الكفيل إلى اتفاق خاص مع الدائن لإحلاله محله فى هذه التأمينات .

ولايجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبته إضرارا بحق الكفيل الذى حل محله فى هذا الرهن [٢].

ويستوى أن يكون مصدر هذه التأمينات الاتفاق أو القضاء أو القانون . وعلى ذلك فإن الكفيل يحل محل الدائن فى الرهن الرسمى والحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١٢٨ ومابعدها – أحمد سلامه ص ٨٠ .

(٢) السنهورى ص ١٥٧ – نبيل إبراهم سعد ص ١٢٩ .

ويستوى أن تكون هذه التأمينات عينية أو شخصية

(هـ) - يتعين رجوع الكفيل بما كان يرد على حق الدائن من دفوع . فيحق للمدين أن يدفع رجوع الكفيل بكل ما كان يستطيع دفع رجوع الدائن به . كالدفع ببطلان الالتزام أو إبطاله أو انقضائه لأى سبب من الأسباب[1] .

أما إذا كانت الدائن قاصرا وجاز للمدين لذلك أن يمتنع عن الوفاء له شخصيا لعدم صحة الوفاء فى هذه الحالة فإنه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع الخاص بشخص الدائن تجاه الكفيل إذا كان هذا متوافر فيه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" استمد المشروع المادة ١١٥٣ من المادة ٧٢٨ من المشروع الفرنسى الإيطالى، مع إضافة الفقرة الخاصة بحالة الوفاء الجزئى . وهى تطابق فى أحكامها المادة ٦١٧/٥٠٥ من التقنين الحالى . والكفيل الذى يوفى عند حلول أجل الدين يكون له الحلول محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين . فإن كان قد وفى قبل حلول الأجل ، باتفاق مع المدين ، فإنه يكون له كذلك أن يحل محل الدائن قبله . فإن كان الوفاء قبل الأجل قد تم بغير رضاء المدين ، فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه فى الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلا ، أو كانت لدى

---

(١) أحمد سلامه ص ٨٠ ومابعدها - نبيل إبراهيم سعد ص ١٢٩ .

المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين . فإن كان الوفاء جزئيا ، فإن الكفيل لا يستطيع تطبيقا لقواعد الحلول (م٤٦٥ من المشروع) الرجوع على المدين والحلول محل الدائن قبل أن يستوفى هذا الأخير نهائيا ما له) "[1].

٨١ ـ ما يرجع به الكفيل على المدين إذا وفى الكفيل جزءا من الدين :

تنص المادة (٧٩٩) فى عجزها على أن : " ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين " . ويعتبر هذا النص تطبيقا تشريعيا لبعض ما جاء بالمادة (٣٣٠) مدنى التى تقضى بأن : " ١- إذا وفى الغير جزءا من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢- فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء ".

وعلى ذلك إذا لم يوف الكفيل إلا ببعض الدين ، فإن ذلك لايمنعه من الحلول قانونا محل الدائن بقدر ما وفاه ، ولكن لايجوز له مباشرة دعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن باقى حقه وأن يستغنى بذلك عن الدعوى بهذا الحق وعن التأمينات الضامنة له .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٤٢ ومابعدها .

ولايشترط فى مباشرة الكفيل دعوى الحلول أن يكون الدائن قد استوفى باقى حقه من الكفيل نفسه ، بل يكفى أن يكون قد استوفى حقه من المدين أو من أى شخص آخر ، لأن المعول عليه إنما هو استغناء الدائن عن الدعوى المتعلقة بحقه وعن تأمينات ذلك الحق .

فإذا استوفى الدائن باقى حقه من المدين ، جاز للكفيل مباشرة دعوى الحلول والانتفاع بكل تأمينات الدين في استيفاء الجزء الذى وفاه منه . وكذلك إذا استوفى الدائن باقى حقه من شخص غير المدين ليس له أى حق اتفاقى أو قانونى فى الحلول محل الدائن . أما إذا استوفى الدائن باقى حقه من شخص له حق الحلول عومل هذا الشخص والكفيل الذى وفى جزءا من الدين على قدم المساواة ، وجاز لهما مباشرة دعوى الحلول فى الوقت ذاته وكان لهما أن يقتسما الناتج من هذه الدعوى قسمة غرماء .

ولأن الغرض من اشتراط استيفاء الدائن كامل حقه قبل مباشرة الكفيل الذى لم يوف إلا بعض الدين دعوى الحلول إنما هو ضمان له ، فيجوز للدائن النزول عن هذا الشرط والسماح للكفيل الذى وفى جزءا فقط من الدين بمباشرة دعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن كامل حقه . ولذلك يعتبر حكم الفقرة الاولى من المادة ٣٣٠ حكما مقررا يجوز الاتفاق على ما يخالفه وقد نصت المادة المذكورة على ذلك صراحة [١].

---

(١) سليمان مرقس ص ١٨٦ ومابعدها .

مـادة (٨٠٠)

١- للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه .

٢- ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لايرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده .

٣- ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع .

الشـرح

الدعوى الشخصية للكفيل :

رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) :

٨٢ - الكفلاء الذين لهم الحق فى مباشرة الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه .

فللكفيل أن يرجع بالدعوى الشخصية إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين بناء على طلبه هو ، أو بناء على طلب الدائن ولكن لم يعارض فيها .

كما تكون هذه الدعوى فى حوزة الكفيل فى حالة الكفالة بـــدون علم المدين ويكون للكفيل هذه الدعوى سواء كان كفـــيلا عاديـــا أم متضامنا مع المدين ، أم مع غيره من الكفلاء وسواء كـــان كفـــيلا عينيا أم شخصيا بأجر أم بدون أجر .

ولكن لايستفيد بهذه الدعوى الكفيل الذى تقـدم للكفالـــة رغـــم معارضة المدين . وإنما يجوز له الرجوع عليه بـــدعوى الحلـــول فقط. كما يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن الكفــل وقد وفى الدين عن المدين يكون قد افتقر بمقدار ما دفع ، ويكـــون المدين قد اغتنى أيضا بهذا المقدار لأن الدين كان فى ذمته فبرئـــت ذمته منه ، فيرجع الكفيل على المدين بمقدار ما دفع من الـــدين إذا كانت ذمة المدين قد برئت بهذا المقدار . ولكن الكفيـــل لا يرجـــع بالمصروفات التى تكبدها لأن المدين لم يغتن بمقـــدارها وإن كـــان الكفيل قد افتقر . ولا يرجع الكفيل بفوائد ما دفعـــه إلا مـــن وقـــت المطالبة القضائية بالفوائد طبقا للقواعد العامة [١].

ويكون من مصلحة الكفيل أن يرجع بهذه الدعوى فـــى الحالـــة التى يكون فيها المدين غير معسر ، فهى تحقق له حينئذ مزايا أكثر من تلك التى يحصل عليها بدعوى الحلول ، وإن كانت فـــى نفـــس الوقت تخضع لشروط أشد كما سنرى .

---

(١) السنهورى ص ١٣٤ ومابعدها – المستشار أنور طلبه ص ٧٥١ .

٨٣ ـ الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل بالدعوى المباشرة :

يشترط لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى المباشرة توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون الكفيل قد وفى الدين :

سواء تم هذا الوفاء نقداً للدائن ، أم بما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة أو الوفاء بمقابل (إذا لم يستحق هذا المقابل) ، أو بالتجديد أو بالإنابة . كما إذا قبل الدائن جعل الكفيل مدينا أصليا بدلا من المدين الذى يبرئه . وقد ينقضى الدين – ويعتبر وفاء – باتحاد الذمة كأن يرث الكفيل الدائن فيصبح هو الدائن فينقضى الدين . فيرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . أما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل ، فإن الكفيل لايكون قد وفى الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوقاء ، ولذلك لايستطيع الرجوع على الميدن .

ولا يشترط أن يكون الوفاء أو ما يقوم مقامه بكل الدين . فإذا وفى الكفيل بجزء من الدين كان له أن يرجع على المدين ولو لم يستوف الدائن بقية حقه . وإذا رجع الكفيل بما يستحقه على المدين ورجع الدائن فى الوقت نفسه على المدين ببقية حقه ، فإنهما يكونان فى مركز واحد فيقسمان أموال المدين قسمة غرماء "[١].

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران – أحمد سلامه ص ٨٢ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- (أ) " مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانونى فيعتبر المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإذا أوفى المتبوع التعويض للمضرور كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه مسئول عنه وليس مسئولا معه . وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى القائم بعد أن اختلف الرأى فى ظل القانون الملغى حول ما يرجع به المتبوع على تابعه وأساس هذا الرجوع ولم يقصد المشرع من وضع هذه المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه فى حاله وفائه بالتعويض المضرور ".

(ب)- " الحكم الذى يصدر على الكفيل المتضامن لا يعتبر حجة على المدين إذا لم يكن مختصما فى الدعوى وذلك سواء فى القانون الملغى أو فى القانون القائم فقد استقر قضاء محكمة النقض فى ظل القانون الملغى على أن حكم المادة ١١٠ منه الذى يقضى بأن مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين بسريانه على باقى المدينين ، هذا الحكم لايسرى إلا فيما بين

المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ولايجوز أن يسوى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مدينا أصليا بل يبقى التزامه تبعيا . أما القانون القائم فقد نص فى المادة ٢٩٦ منه على أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ومقتضى ذلك أنه فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم لايعتبر الحكم الصادر ضد أحدهم حجة على باقيهم ومن باب أولى لايكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

٢- (أ)- " مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور ، وتقوم على فكرة الضمان القانونى فيعتبر المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه ، وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر ، ولم

يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه" .

(ب)- " للمتبوع عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع على التابع بإحدى دعويين الأولى دعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى والتى ليست إلا تطبيقا للقاعدة العامة فى الحلول القانوني المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى - يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين ، والدعوى الثانية هى الدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ من ذات القانون التى تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى وفاه عنه بالدعوى الشخصية التى قررها المشرع فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى للكفيل قبل المدين، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده " .

(ج)- " المصروفات القضائية وأتعاب المحاماه تمثل نفقات فعلية تكبدها المحكوم لهما فى تلك الدعوى فتعتبر من قبيل التعويض وتأخذ حكمه فى حلول المتبوع فى كل ما وفى به من

التعويض محل الدائن المضرور ومن ثم يكون للطاعن أن يرجع على تابعه المطعون ضده لاقتضاء هذه المصروفات بدعوى الحلول" .

(طعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧)

الشرط الثانى :

أن يتم الوفاء عند حلول أجل الدين :

إذا قام الكفيل بوفاء الدين قبل حلول أجله . فإنه لايحق له الرجوع على المدين إلا عند حلول أجل الدين .

والقول بغير ذلك يؤدى إلى إمكان الكفيل أن يجبر المدين على الوفاء قبل أن يكون فى استطاعة الدائن ذلك .

والمقصود بالأجل هنا هو الأجل الأصلى . أما إذا امتد الأجل الأصلى برضاء الدائن أو بحكم المحكمة فإن هذا الأجل الإضافى لايدخل فى الأجل الأصلى ، ويحق للكفيل أن يرجع قبل انقضائه وهنا تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول [١].

أما إذا نزل المدين عن الأجل الأصلى فإنه يجوز للكفيل أن يتمسك بهذا النزول ويفى بالدين فورا ويرجع بعد ذلك على المدين بالدعوى الشخصية .

---

(١) أحمد سلامه ص ٨٢ – توفيق حسن فرج ص ٧٠ .

الشرط الثالث :

ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل :

وهذا أهم الشروط وقد نصت عليه المادة ٧٩٨ مدنى - كما رأينا - بقولها :

" يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه. فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه " .

(راجع فى التفصيل شرح المادة ٧٩٨) .

٨٤ـ ما يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية :

تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (٨٠٠) مدنى على أن :

" ٢- ويرجع (الكفيل) بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لايرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده .

٣- ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " .

وعلى ذلك فما يرجع به الكفيل يتكون من العناصر الآتية :

١- أصل الدين :

ويقصد بأصل الدين ماكان يشغل ذمة المدين من الدين المكفول، وفوائده حتى يوم الوفاء وذلك إذا كان الدين ينتج فوائد قانونية أو اتفاقية مادامت تدخل ضمن الدين ويدخل فيه أيضا المصروفات التى أنفقها الدائن فى سبيل حصوله على حقه ، ودفعها الكفيل إلى الدائن كمصروفات التنبيه ورفع الدعوى .

وإذا كان الكفيل قد وفى الدين جزئيا لم يكن له الرجوع إلا بما دفعه فقط .

وإذا كان قد وفى الدين كله ولكن بقيمة أقل بناء على صلح أو إبراء ارتضاه الدائن فإنه لا يرجع إلا بما دفع فعلا .

وإن كان قد دفع أكثر من الدين اقتصر رجوعه على مقدار الدين فقط .

وبالجملة يقصد بأصل الدين كل ما كان المدين ملزما بدفعه لو أنه قام بالوفاء إلى الدائن . مع مراعاة القيد الذى نصت عليه المادة ٨٧١ بالنسبة للكفيل .

٢- الفوائد :

ويقصد بها الفوائد عن كل ما دفعه الكفيل للدائن ، وخلافا للقواعد العامة التى لاتعطى للدائن الحق فى الفوائد إلا من يوم المطالبة القضائية (م٢٢٦) مدنى ، تقضى المادة (٨٠٠) بأن

للكفيل الحق فى الفوائد عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع. وعلة ذلك أن الكفيل الذى يرجع بدعوى الكفالة لأنه تعهد بالضمان لمصلحة الكفيل ومن غير معارضته يستحق رعاية خاصة ، ولذلك أعطاه المشرع الحق فى الفوائد من يوم الدفع شأنه فى ذلك شأن الفضولى (م ١٩٥) والوكيل (م٧١٠) (١).

٣- المصروفات :

لايقصد بالمصروفات تلك التى ينفقها الدائن فيما يتخذه من إجراءات ضد المدين إذ هى تعتبر من أصل الدين كما قدمنا . ولكن يقصد بها المبالغ التى ينفقها الكفيل للوفاء بالتزامه كنفقات إرشاد الدائن إلى أموال المدين حتى يقوم بتجريدها ومصاريف العرض والإيداع ، والمصروفات التى حكم عليه بها للدائن وتشمل ما أنفقه الدائن فى مطالبة الكفيل بالوفاء كمصروفات رفع الدعوى على الكفيل ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء ومصروفات المطالبة الأولى التى قام بها الدائن للمدين ثم مصروفات مطالبة الدائن للمدين بعد إخطار الكفيل ، وكل مصروفات أخرى تقتضيها مطالبة الدائن للكفيل بوفاء التزامه .

غير أنه لايجوز للكفيل استرداد هذه المصروفات إلا إذا كان قد أنفقها هو أو أنفقها الدائن من وقت إخباره المدين بالإجراءات

---

(١) محمد على إمام ص ١٤١ - توفيق حسن فرج ص ٧٣.

المتخذة ضده . والحكمة من ذلك أن المدين قد يقوم بوفـاء الـدين بمجرد إخطاره بالإجراءات فـلا يكـون ثمـة محـل بعـد ذلـك لمصروفات من هذا القبيل .

إلا أنه يجب أن يستثنى من ذلك مصروفات المطالبـة الأولـى كمصروفات التنبيه على الكفيل بالوفاء أو رفع الدعوى عليه إذ هى بطبيعتها لا يعلم بها الكفيل قبل قيام الدائن بإنفاقها ومن ثم فلا يلزم للرجوع بها إخبار المدين بها مقدما [١].

٤- التعويض :

جاءت المادة (٨٠٠) خلوا من استحقاق الكفيل لثمة تعويضات . ولكن بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية يتضح أن المـادة (١١٥١ مكررة) من المشروع التمهيدى (المقابلة للمادة ٨٠٠ من التقنـين الحالى) كانت تتكون من أربع فقرات لا مـن ثـلاث فقـط ، وأن الفقرة الرابعة منها كانت تنص على أن : " وللكفيل فـوق ذلـك أن يرجع بالتعويض " . إلا أن لجنة المراجعة أدخلت تعديلا على المادة (١١٥١ مكررة) وضمن هذا التعديل حذف الفقـرة الرابعـة منهـا اكتفاء بتطبيق القواعد العامة [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٤٧- محمد على إمام ص ١٤١- توفيق حسن فـرج ص ٧٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ٥٤٧ .

وبناء على ذلك لايصح أن يحمل إغفال ذكر التعويضات في المادة (٨٠٠) على أن المشرع قصد حرمان الكفيل منها بل يتعين تفسيره بأنه قصد الرجوع إلى القواعد العامة ، وهي المنصوص عليها في المادة ٢٣١ مدني التي تجري على أنه : " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد ، إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية ". أي أن الكفيل لا يكون له الرجوع بالتعويض على المدين إلا إذا أثبت الضرر الذي يجاوز قيمة الفوائد القانونية وأثبت أن هذا الضرر راجع إلى سوء نية المدين في عدم الوفاء بدينه للدائن في الوقت المناسب [1]. ومثل ذلك أن يثبت أن المدين أخفى ما لديه من أموال ولم يقم بالوفاء مع قدرته عليه ، مما أدى إلى عدم التنفيذ على أموال الكفيل وسبب له ضررا يجاوز قيمة الفوائد .

---

(١) سليمان مرقس ص ١٧٣ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ١٢٣- توفيق حسن فرج ص ٧٣ – رمضان أبو السعود وهمام زهران ص ١٤١- سمير عبد السيد تناغو ص ١١٨ – وعكس ذلك السنهوري ص ١٤٨ ومابعدها فهو لايشترط سوء النية من جانب المدين وذلك كالشأن في الوكالة والفضالة ، ويرد البعض على ذلك بأن القواعد التي أعطت للوكيل والفضولي الحق في مثل هذا التعويض هي قواعد استثنائية ولايجوز بطبيعة الحال القياس على الاستثناء (رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ١٤١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" نقل المشروع المادة ١١٥٣ مكررة ، عن المـــادة ٧٢٩ مـــن المشروع الفرنسى الإيطالى . وهى تعرض للدعوى الشخصية التى للكفيل قبل المدين . وقد آثر المشروع أن يبين ما يرجع به الكفيـــل فى الدعوى الشخصية ، فهـــو يرجـــع بأصـــل الـــدين وبالفوائـــد والمصروفات والتعويضات . وهذه الأحكام معمول بها فـــى ظـــل التقنين الحالى رغم عدم النص عليها "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٥ ص ٥٤٧ .

مـادة (٨٠١)

إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين .

الشـــرح

٨٥ ـ كفالة المدينين المتضامنين :

إذا تعدد المدينون المتضامنون في دين واحد ، وكان الكفيل قد ضمنهم جميعا ، كان للكفيل أن يرجع على أي منهم بكل ما وفاه للدائن . وله في ذلك أن يرجع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .

٨٦ ـ كفالة بعض المدينين المتضامنين :

إذ تعدد المدينون وكانوا متضامنين في دين واحد ، ولكن الكفيل كفل بعضهم فقط ، فلا شك أن للكفيل أن يرجع على المدين أو المدينين الذين كفلهم بكل الدين ، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .

ولهذا الكفيل أيضا أن يباشر دعوى المدين الذي كفله في مواجهة المدينين الذين لم يكفلهم ، بمقتضى الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها في المادتين ٢٣٥ ، ٢٣٦ من التقنين المدني . إذ بالوفاء يصبح الكفيل دائنا للمدين الذي كفله ، ومن ثم يستطيع أن

يباشر حقوق هذا المدين فى مواجهة المـدينين الآخـرين . ولكنـه لايتوصل بهذا الطريق إلا إلىإلزام كل مدين لم يكفله بقدر نصـيبه فى الدين وفق قواعد التضامن (م٢٩٧ مدنى) . ففى حالة مـا إذا كان (أ) ،(ب) ، (ج) مدينين متضامنين ، وتقـدم (د) لكفالـة (أ) ، وكان مقدار الدين ٣٠٠ جنيه ، لايستطيع الكفيل (د) فى حالة قيامه بالوفاء للدائن ، أن يطالب (ب) أو (ج) إلا بـ ١٠٠ جنيه فقط .

وكذلك يستطيع الكفيل الذى تقدم لكفالة أحد المدينين المتضامنين أن يرجع على المدينين الذين لم يكفلهم بدعوى الإثراء بـلا سـبب بقدر ما استفاده كل منهم بوفاء الدين ، أى بقدر نصيبه [1].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إذا كان الثابت من نصوص عقد الإجارة والمحـرر المثبـت لالتزام كفيل أحد المستأجرين أن التأمين المشترك عن وفاء الأجرة هو بقدر أجرة سنة ، وأن الكفيل كفل أحد المستأجرين فى نصـف مبلغ التأمين ، وأن المستأجر الآخر المتضامن معه قدم رهنا عقاريا عما يخصه فى التأمين ، وقبل المؤجر هذين التأمينين ، الشخصـى والعينى ، فإن التكييف الصحيح لهذه الكفالة هو أنها كفالة شخصية مقصورة على المكفول وبقدر ما هو ملزم به . فإذا جعلتها المحكمة

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨٠ ومابعدها – محمد كامـل مرسـى ص ١٠٦ ومابعدها .

متعدية إلى الشريك فى الإجارة . وألزمته بناء على ذلك بمقدار ما دفعه الكفيل عن مكفوله ، فهذا تكييف خاطئ يستوجب نقض الحكم. ذلك لأن القانون يقضى بأن الكفيل الذى يضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كفله منهم الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملا بالمادة ٥٠٥ من القانون المدنى ، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين :

(الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم فى المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم ، وذلك عملا بالمادة ١٤١ من القانون المدنى . (والثانى) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير . **Action de inremverso** عملا بالمادة ١٤٤) .

(طعن رقم ٣٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/١/٧)

غير أن الرأى انقسم فيما إذا كان يحق للكفيل أن يرجع على المدينين الذين لم يضمنهم بدعوى الحلول بمعنى أن يباشر فى مواجهتهم دعوى الدائن .

فذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى القول بعدم أحقية الكفيل فى أن يحل قانونا محل الدائن بالنسبة إلى المدينين الذين لم يكفلهم ، ولا يكون له بالنسبة إليهم حقوق المدين الذى كفله فيحل محل المدين ، وعلى ذلك يجب عليه أن يقسم دعواه عليهم كما كان يفعل المدين الذى كفله إذا كان هو الذى قام بالدفع . فيطالب كلا منهم بحصته

فى الدين ، ويكون خاضعا لكل الدفوع التى توجه إلى المدين الـــذى كفله .

بينما ذهب الرأى السائد فى الفقه فى مصر إلى أن للكفيـــل أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين والذين لم يكفلهـــم بـــدعوى الحلول محل الدائن . وذلك لأن الكفيل عندما قام بالوفاء بالدين قـــد حل محل الدائن طبقا لنص المادتين ٣٢٦ ، ٧٩٩ مـــدنى ، وهـــو يرجع بنفس حق الدائن وبما يلحقه من ضمانات ، ومن بـــين هـــذه الضمانات التضامن بين المدينين – ولذلك يجوز له أن يستفيد مـــن ذلك ويرجع على أى من المدينين المتضامنين ليطالبه بالـــدين كلـــه ولو لم يكن كفل هذا المدين .

غير أن بعض أنصار هذا الرأى ذهب إلى أن الكفيل يستطيع أن يرجع بدعوى الحلول بالدين كله [1].

بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه يرجع بقدر نصيبيه فقط [2].

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الأول الذى لايجيـــز للكفيـــل الرجوع بدعوى الحلول .

(راجع نقض طعن رقم ٣٤ لسنة ٦ ق جلســـة ١٩٣٧/١/٧ المنشور سلفا فى هذا البند) .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١٣٤ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨٢ ومابعدها– توفيق حسن فرج ص ٨١ – همام زهران ص ٢٢٩ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٠٧ ومابعدها – محمد على إمام ص ١٥٦ .

٨٧ ـ تعدد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام :

إذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام ، وضمن الكفيل بعض هؤلاء ، فإنه يكون ملزما بوفاء الدين كاملا فى مواجهة الدائن ، ومتى قام بالوفاء ، فإنه يرجع على كل مدين بما يخصه من الدين ، إذ يصبح الدين بعد الوفاء به قابلا للانقسام ، ويرجع الكفيل على من ضمنهم بدعوى الحلول أو الدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى ، بينما يرجع على من لم يضمنهم بالدعوى الشخصية وفقا للقواعد العامة ، لأن التزامه بالوفاء يحصصهم لم يرجع إلى أنه ملتزم معهم أو عنهم ، وإنما رجع إلى طبيعة الدين وعدم القابلية للانقسام [(١)].

انقضاء الكفالة

٨٨ ـ تمهيد :

رأينا فيما سبق أن الكفالة عقد تابع يقوم لضمان الوفاء بالتزام أصلى . ومن ثم فإنه يترتب على انقضاء الالتزام الأصلى انقضاء الكفالة بالتبعية .

لكن لما كانت الكفالة عقد ينظر إليه فى ذاته بصفة مستقلة عن الالتزام الأصلى ، فإنه ينظر إلى انقضائه أيضا بصفة مستقلة .

ولهذا نعرض بالنسبة لانقضاء الكفالة لناحيتين : انقضاء الكفالة بصفة تبعية وانقضاؤها بصفة أصلية .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٥٨ ومابعدها .

(انقضـاء الكفالة بصفة تبعيـة)

٨٩ ـ انقضاء الالتزام الأصلى بأسباب الانقضاء العامة :

متى انقضى الالتزام الأصلى ، انقضت الكفالة بالتبعية ، لأنهـا تستند إلى الالتزام الأصلى ، وبانقضائه لايكون لها محل ، وقد رأينا أن المادة ١/٧٨٢ مدنى تنص على أن : " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين .... ".

والالتزام الأصلى ينقضى بأسباب الانقضاء العامة الواردة فـى القانون وهى :

١- الوفاء .

٢- ما يعادل الوفاء عن طريق الوفاء بمقابل والتجديد والإنابـة والمقاصة واتحاد الذمة .

٣- انقضاء الالتزام دون الوفاء به ، وذلك عن طريق الإبـراء واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط .

ونعرض لذلك بشئ من التفصيل فيما يلى :

٩٠ـ أولاً : انقضاء الالتزام الأصلى بالوفاء :

إذا قام المدين بالوفاء كلا أو بعضا انقضى التزام الكفيل كـذلك كله أو بعضه ، بحسب الأحوال ولكى يبرأ الكفيل على هذا النحـو يتعين أن يكون الوفاء صحيحا ، بأن يكون الموفى مالكا للشئ الذى وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف . فإذا كان الوفاء بـاطلا ،

فإنه لايترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلى وبالتالى لاتنقضى الكفالة.

ويقوم العرض الحقيقى بالنسبة إلى الدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع أو أى إجراء مماثل متى قبله الدائن أو حكم نهائيا بصحة العرض (م٣٣٩ مدنى) . فإذا استوفى العرض الأوضاع السابقة ترتب عليه براءة ذمة المدين ، ويبرأ الكفيل بالتبعية ، بشرط ألا يحصل رجوع قبل قبول الدائن أو قبل الحكم النهائى بصحة العرض . فإذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن هذا الرجوع ، لايكون لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات (م٣٤٠ مدنى) [١].

٩١- ثانيا : انقضاء الالتزام الأصلى بما يعادل الوفاء :

(أ) الوفاء بمقابل :

الوفاء بمقابل يفترض أن المدين قدم للدائن عوضا عن محل الدين الأصلى ، وأن هذا الدائن قد قبل هذا العوض كمقابل للشئ المستحق ، فإن ذلك يقوم مقام الوفاء وينقضى به الدين (٣٥٠ مدنى) .

وإذا كان المدين قد قام بنقل ملكية شئ إلى الدائن كمقابل للدين الذى يلتزم به فى مواجهته ، فإن ذلك يترتب عليه براءة ذمة المدين

---

(١) توفيق حسن فرج ص ٨٤ ومابعدها .

من الدين الأصلى ، وتبرأ بالتالى ذمة الكفيل وينقضى التزامه بطريق تبعى . وتسرى فى هذه الحالة أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع أو انقضاء التأمينات (م٣٥١ مدنى) .

وعلى ذلك فإن الوفاء بمقابل يعتبر تجديدا ووفاء فى نفس الوقت ، ففى الوقت الذى قبل فيه الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشئ المستحق يكون قد قام بتجديد الدين القديم بتغيير محله ، ويترتب على ذلك انقضاؤه وانقضاء تأميناته تبعا لذلك ، من بينها بطبيعة الحال الكفالة ، وينشأ دين جديد ينقضى فى نفس الوقت بنقل ملكية الشئ الذى أعطى فى مقابل الدين . وتسرى فى هذه الحالة أحكام البيع السابق الإشارة إليها وتسرى عليه أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضى الدين (م٣٥٠ مدنى) .

وإذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال بسبب عيب فى الرضا أو نقص فى الأهلية وحكم بإبطاله ، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن ويبقى الدين قائما ، وتبقى أيضا الكفالة ضامنة له لكن فى حالة استحقاق المقابل ، فإن الدائن سوف يرجع على المدين بضمان الاستحقاق ، ولكنه لايستطيع أن يرجع على الكفيل بشئ ، حيث أن ذمته قد

برئت نهائيا بالوفاء بمقابل الذى تم صحيحا ، هذا ما لم يكن المقابل مملوكا للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلى قد أعطى هذا المقابل للدائن [١].

(ب)- التجديد والإنابة :

يترتب على تجديد الالتزام انقضاؤه ونشوء التزام جديد مكانه (م٣٥٦/١ مدنى) . فالالتزام القديم ينقضى بالتجديد . ويترتب على انقضائه زوال التأمينات التى كانت تضمن الوفاء به فهذه التأمينات لاتنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص فى القانون أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (م٣٥٦/٢ مدنى) . ومع ذلك فإنه لا تنتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون (م٣٥٨ مدنى) .

ولكى يرتب التجديد آثاره ومن بينها انقضاء الكفالة يجب أن يستجمع عناصر صحته فيجب أن يكون كل من الالتزام القديم والالتزام الجديد قد خلا من أسباب البطلان (م٣٥٣/١ مدن) ، كما أنه يجب أن تكون نية التجديد واضحة ، بأن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف حيث أن التجديد لا يفترض

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٠٤ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ١٤٢ ومابعدها .

(م٣٤٥/١) . وعلى ذلك لايستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود من قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لايتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لايتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره (م٣٥٤/٢ مدنى) .

والإنابة التى يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول هى الإنابة الكاملة . والتى يتفق فيها على أن ينقضى التزام المدين (وهو المنيب) ليحل محله التزام جديد (وهو المناب) فى مواجهة الدائن (وهو المناب لديه) ففى هذه الحالة تكون الإنابة بتجديد الالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا ولا يكون معسرا وقت الإنابة (م ٣٦٠/١ مدنى) . ويترتب على ذلك انقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام ، ومن بينها الكفالة ، فتبرأ ذمة الكفيل فى مواجهة الدائن ، ما لم يرد كفالة المدين الجديد .

والأصل فى الإنابة أنها لا تتضمن تجديدا للالتزام وبالتالى لا يترتب عليها انقضاؤه ، وتبقى بذلك التأمينات قائمة على ضمانه ، ومن بينها الكفالة ، وهذه تسمى بالإنابة الناقصة ، حيث يقوم التزام المناب بجانب التزام المنيب ، ويصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد . وفى الإنابة الناقصة لايستطيع المناب أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بأى دفع يحق له أن يتمسك به فى مواجهة المنيب . وقد

نصت المادة ٣٦١ على ذلك بقولها : " يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق بقضى بغير ذلك "(١) .

(ج) المقاصة :

إذا توافرت شروط المقاصة بالنسبة لالتزام المدين ، كان للكفيل حتى ولو كان متضامنا أن يتمسك بها ، فيقضى على الدين الأصلى وعلى الكفالة تبعا لذلك .

ويختلف مركز الكفيل فى ذلك عن مركز المدين المتضامن ، حيث لايجوز لهذا الأخير أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين (م٢٨٧ مدنى) .

ويلاحظ أن للكفيل أن يتمسك بالمقاصة الحاصلة بين دين المدين وبين دين الدائن ولو لم يتمسك بها المدين . بل إن له ذلك حتى ولو نزل المدين عن حقه فى التمسك بها .

(د) اتحاد الذمة :

إذا اتحدت صفة الدائن والمدين فى شخص واحد ، كأن ورث أحدهما الآخر ، أو أوصى الدائن بالدين للمدين ، انقضى الدين باتحاد الذمة (م٣٧٠/١) ، وانقضى التزام الكفيل بالتبعية .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١٤٤ ومابعدها .

ويراعى أن اتحاد الذمة ليس فى حقيقته سببا من أسباب انقضاء الالتزام ، بل هو ما نع طبيعى يحول دون المطالبة بالدين .

ويترتب على ذلك أنه إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة، كأن ثبت أنه لم يكن للمدين الحق فى أن يرث الدائن أو أبطلت الوصية، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن أصلا ، وعاد الدين مضمونا بكل تأميناته ومنها الكفالة (م٣٧٠/٢) (١).

٩٢ـ ثالثا : انقضاء الالتزام الأصلى دون وفاء :

(أ) الإبراء :

إذا أبرأ الدائن المدين من الدين، انقضى الالتزام الأصلى (م٣٧١) ، وانقضى التزام الكفيل بالتبعية . وإذا أبطل الإبراء ، اعتبر كأن لم يكن ، وعاد الدين مضمونا بكل تأميناته ، ومنها الكفالة.

ولايعتبر من قبيل الإبراء ، الصلح الذى يعقده الدائن مع مدينه المفلس ويتنازل بمقتضاه عن جزء من دينه ، وذلك لعدم توافر نية التبرع للمدين . إذ قصد الدائن من وراء ذلك اتقاء خطر إفلاس المدين والحصول على أى جزء من دينه . ويترتب على ذلك أن يبقى الكفيل ملتزما بالوفاء بكل الدين المكفول ، أى حتى بالنسبة إلى

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢١١ .

الجزء الذى يتصالح الدائن على تركه للمفلس وفى هذا تقضى المادة ٢/٧٦١ من قانون التجارة الجديد بأن : " لايفيد من الصلح الـواقى المدينون المتضامنون مع المدين أو كفلاؤه فى الدين ومع ذلـك إذا وقع الصلح مع شركة أفاد من شروطه الشركاء المسـئولون فـى جميع أموالهم عن ديون الشركة إلا إذا نص فى عقد الصلح علـى غير ذلك " .

ولكن بالنسبة للكفيل ، إذا وفى للدائن الجزء الذى تصالح عليـه هذا الأخير على تركه للمفلس لايجوز له الرجوع به على المدين ، إذ لايكون له قبله ، بالنسبة لهذا الجزء إلا حق طبيعى [١].

(ب) استحالة التنفيذ :

ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لايد له فيه (م ٣٧٣ مدنى) . وعلى ذلك فإذا انقضى الالتزام المكفول لاستحالة تنفيذه لسبب أجنبى ، فإن الكفالة تنقضـى بالتبعية لذلك ، وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لبراءة ذمة المدين الأصلى .

أما إذا استحال تنفيذ الدين بخطأ المدين فإن محل الدين يتحـول إلى تعويض ، ولاتبرأ ذمة المدين ، كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل ، بـل يبقى كفيلا للتعويض . أما إذا هلك الشئ بفعل الكفيـل فـإن ذمـة المدين تبرأ من الدين ، إذ يعتبر فعل الكفيل سببا أجنبيـا بالنسـبة

---

(١) السنهورى ١٨٦ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ١٤٧ ومابعدها .

للمدين . وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلا تبعا لبراءة ذمة المدين ، ولكن الكفيل يبقى مسئولا عن خطئه كمدين أصلى نحو الدائن [١].

(ج) التقادم :

إذا انقضى الالتزام الأصلى بمضى المدة ، انقضى التزام الكفيل بالتبعية .

والتزام الكفيل ينقضى هنا ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إليه ، إذ هو لاينقضى عندئذ بصفة أصلية ، بل هو ينقضى تبعا لانقضاء الالتزام الأصلى .

وللكفيل أن يتمسك بتقادم الدين الأصلى ، ولو لم يتمسك به المدين (م ١/٣٨٧) ، بل لو تنازل عن التمسك بهذا الحق [٢].

انقضاء الكفالة بصفة أصلية

٩٣- تمهيد :

إذا كان التزام الكفيل التزاما تابعا ، وينقضى تبعا لذلك - كما رأينا - بانقضاء الالتزام الأصلى ، إلا أن له مع ذلك كيانا مستقلا . ولهذا فإنه ينقضى كذلك بصفة مستقلة .

---

(١) السنهورى ص ١٨٨ ومابعدها - محمد على إمام ص ١٧٦ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢١٢ ومابعدها - نبيل إبراهيم سعد ص ١٤٨ ومابعدها .

وفى هذا الصدد ينقضى التزام الكفيل بالأسباب العامة التى تنقضى بها الالتزامات عموما ، كما ينقضى بأسباب خاصة نص عليها القانون .

(أ) انقضاء التزام الكفيل بالأسباب العامة لانقضاء الالتزام :

ينقضى التزام الكفيل **بالوفاء الحاصل** من الكفيل ويترتب على هذا الوفاء انقضاء التزام الكفيل . وفى نفس الوقت انقضاء الدين المكفول .

كما ينقضى التزام الكفيل وفى الوقت ذاته الالتزام المكفول **بالوفاء بمقابل** حيث يقبل الدائن وفاء لدينه من الكفيل شيئا آخر غير محل الالتزام المكفول .

غير أن ذمة الكفيل لا تبرأ من التزامه إذا ما استحق الشئ المقدم منه كمقابل للوفاء ، باعتبار أن ذمته تظل ضامنة لما قدمه للدائن .

وينقضى التزام الكفيل بالتجديد ، حيث يتفق الدائن مع آخر على أن يحل مدينا بالضمان مكان الكفيل الأصلى ، أو حيث يتفق الدائن مع الكفيل على أن يكون مدينا مكان المدين الأصلى (م ٣٥٢).

وتنقضى الكفالة **بالمقاصة** إذا ما أصبح الكفيل دائنا للدائن ، ولكن المقاصة لاتقع إلا إذا كان الدائن قد أتم الإجراءات وتخطى العقبات التى وضعها أمامه المشرع فى مطالبة الكفيل أو التنفيذ على أمواله . وذلك لأن التزام الكفيل فى هذه الحالة لايكون مستحق

الأداء أو صالحا للمطالبة به قضاء ، كما تشترط ذلك المادة ١/٣٦٢ مدنى ، ومع ذلك فإن الكفيل ، يستطيع دون الدائن أن يتمسك بالمقاصة فى هذه الحالة، لأنه يملك التنازل عن حقه فى التمسك بالدفوع التى قررها المشرع لحمايته ، وبالتالى يعتبر التزامه صالحا للمقاصة . أما بالنسبة للمدين فإنه لايستطيع أن يتمسك بهذه المقاصة .

إذ ليس له أى مصلحة فى ذلك . لكن إذا ما وقعت المقاصة بين الدائن والكفيل ، فإن الكفيل يكون له نفس الحقوق التى للدائن فى مواجهته ، وسيرجع على المدين بالدين الذى وفاه ، فيستوى لدى المدين أن يدفع الدين للدائن أو للكفيل ، وبذلك لا يكون له أدنى مصلحة للتمسك بها . وقد كان القانون المدنى القديم ينص على ذلك صراحة فى المادة (٢٦٤/٢٠٠) . ولكن إذا القانون المدنى الجديد لم يتضمن مثل هذا النص ، فإن هذا ليس معناه أنه أراد العمل على خلاف حكمه ، وإنما أراد أن يترك الأمر للقواعد العامة ، وهى تؤدي بنا إلى نفس الحكم [١].

وتنقضى الكفالة **باتحاد الذمة بين الكفيل والدائن** ، كما إذا ورث أحدهما الآخر ، وهنا يزول التزام الكفيل دون أن يؤثر ذلك

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ١٥٠ ومابعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢١٤ ومابعدها .

فى بقاء الالتزام الأصلى . ويلاحظ أنه إذا اتحدت صفة الكفيل والمدين فى شخص واحد ، ما وجد هناك اتحاد ذمة بالمعنى القانونى الذى يستلزم اتحاد صفة دائن ومدين فى شخص واحد ، إذ الحال هنا يكون مقصورا على اتحاد صفة مدين أصلى ومدين تبعى فى شخص واحد ، ولذلك لا تنقضى هنا الكفالة ، كل ما فى الأمر أن صفة المدين الأصلى تطغى على صفة الكفيل فى علاقته مع الدائن ، ويفقد الشخص كل الحقوق الخاصة بالكفيل ، كحق التقسيم والدفع بالتجريد والدفع بإضاعة التأمينات . على أن صفة الكفيل لاتزول هنا ، بل يمكن أن نقول فى شئ من التسامح ، إن المدين أصبح كفيل نفسه يترتب على ذلك أن جميع التأمينات التى كانت تضمن التزام الكفيل تبقى ضامنة للالتزام الأصلى ، كالتزام المصدق والرهون التى كان الكفيل قد رتبها [١].

وتنقضى الكفالة مع بقاء الدين المكفول قائما ، **بإبراء الدائن للكفيل** ، أما إذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء ممن ضمنوا فى عقدا واحد بدين واحد لذات المدين ، فإن هذا الإبراء لا يبرئ ذمة الباقين الذى يظل كل منهم مسئولا عن الحصة من الدين التى كفلها ، إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم [٢].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢١٥ .
(٢) همام محمد زهران ص ٢٥٢ .

كذلك **قد تنقضى الكفالة بالتقادم** مع بقاء الدين المكفول قائما . وهو ما يتصور تحققه إذا كانت بداية نشأة كل من الالتزامين مختلفة أو كان أجل الكفيل أقصر من أجل دين المدين أو بالنظر لانقطاع التقادم بالنسبة للمدين دون أن ينقطع بالنسبة للكفيل . أو أن يقف التقادم بالنسبة للمدين دون أن يوجد سبب لوقف التقادم بالنسبة لالتزام الكفيل فى كل هذه الأحوال ينقضى التزام الكفيل بصفة أصلية مع بقاء المدين الأصلى ملتزما بالدين .

كما أن للكفيل توصلا لبراءة ذمته التمسك ببطلان أو إبطال التزامه وفقا للقواعد العامة [1].

(ب) انقضاء التزام الكفيل بأسباب خاصة بمركز الكفيل :

تنقضى الكفالة بأسباب خاصة بها . وقد راعى المشرع فى تقرير انقضاء الكفالة بتلك الأسباب الخاصة طبيعة التزام الكفيل ، فالكفيل يضمن الوفاء بالتزام المدين ، وله الحق إذا ما وفى الدين للدائن أن يرجع على المدين ، أما قبل قيامه بالوفاء فلا يستطيع الرجوع على هذا الأخير . ولذلك كان من مصلحة الكفيل ألا يصدر من الدائن عمل يهدد حقه الاحتمالى فى الرجوع على المدين ، فإذا صدر من الدائن مثل هذا العمل ، وكان ذلك نتيجة تقصير منه ، كان القانون فى عون الكفيل ، وعمد إلى تعويضه عما ناله من

---

(١) همام محمد زهران ص ٢٥٢ .

ضرر ويأتى التعويض فى صورة براءة ذمة الكفيل بقدر ما ناله من ضرر [١].

والأسباب الخاصة التي تنقضى بها الكفالة ثلاثة هى :

١- إضاعة الدائن التأمينات .

(راجع شرح المادتين ٧٨٤ ، ٧٨٥) .

٢- عدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الكفيل له :

(راجع شرح المادة ٧٨٥) .

٣- عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين :

(راجع شرح المادة ٧٨٦) .

٩٤ـ عدم انقضاء الكفالة بموت الكفيل :

لا تنقضى الكفالة بموت الكفيل بل ينتقل التزامه إلى تركته وينتقل إلى ورثته [٢]، أما بالنسبة للديون التي يلتزم بها المدين بعد وفاة الكفيل فلا تلزم بها تركته إذ لايجوز أن يلزم ورثة الكفيل بالديون التى نشأت بعد وفاته فى ذمة المدين الأصلى .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢١٦ ومابعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٢٠ – المستشار أنور طلبه وقد أشار إلى نقض ٢/٣/١٩٨٧ طعن رقم ١٥٠٨ لسنة ٥٠ ق (غير منشور) .

(الكتاب الرابع)
الحقوق العينية التبعية
أو التأمينات العينية
مــادة (١٠٣٠)

الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن علــى عقــار مخصــص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الــدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون .

الشــرح

٩٥- تعريف الرهن الرسمى :

عرفت المادة الرهن الرسمى بأنه : " عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا، يكون له بمقتضـــاه أن يتقـــدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فـــى اســـتيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون " .

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلى :

١- أنه يتضمن مقومات الحق الذى يهدف العقد إلى إنشائه وهو حق الرهن الرسمى .

والواقع أن مصطلح الرهن يطلق على العقد الرســمى وعلـــى

الحق العينى الذى ينشئه هذا العقد . فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن .

ولفظ الرهن فى لغة القانون يحتمل ثلاثة معان : فقد يقصد به تارة العقد الذى يتولد عنه حق الرهن ، ويقصد به تارة أخرى حق الرهن ذاته (فيقول الدائن أن له رهنا على العقار) ، وقد يقصد به تارة ثالثة الشئ المرهون (فيقول الدائن أن معه رهنا للوفاء بحقه أى يحتفظ بشئ على سبيل الرهن) .

ويذهب الفقه إلى أنه عند تعريف الرهن الرسمى يجب إبراز الرهن باعتباره حقا لأن العقد ليس إلا وسيلة لنشأة الحق ، كما أن معالجة الرهن جاءت فى باب الحقوق العينية التبعية وليس فى باب العقد باعتباره مصدرا للحق [١].

٢- أن المشرع استخدم عبارة " مخصص للوفاء " ، وهى تشعر أن العقار المرهون لايضمن إلا الوفاء بالدين المضمون بالرهن ، مع أن الواقع هو أن العقار المرهون يظل فى الذمة المالية للمدين ويحق للدائنين العاديين التنفيذ عليه ولكن يتقدمهم الدائن المرتهن عند استيفاء الحقوق . فالعقار المرهون لا يخصص لسداد حق الدائن وحده وإنما كل ما هنالك أنه يخوله حق التقدم[٢] .

---

(١) الدكتور جسام الدين كامل الأهوانى التأمينات العينية فى القانون المدنى المصرى طبعة ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤ ص ٤٧ ومابعدها - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٦٨ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص٢١٦ ومابعدها - حسام الدين الأهوانى ص ٤٨ .

ولايخفى فى واقع الأمر أن التخصيص يقصد بـــه أن الـــرهن يقتصر على عقار معين ، ولا يمتد إلى غيره من عقارات المدين ، ولا يقصد به أن هذا العقار مخصص لوفاء حق الدائن دون غيره.. والمشرع إذ يعرف الرهن لايمس بالقواعد العامة الواردة فى أحكام الضمان العام للدائنين .

٣- أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه أشار إلى أن التقدم يكـــون على " ثمن العقار " مع أن التقدم لا يكون فقط على ثمـــن العقـــار المتحصل من بيعه بعد التنفيذ عليه ، بل هو يكون أيضا علـــى أى مبلغ يحل محل العقار كالتعويض ومبلغ التأمين (مادة ١٠٥٦) [(١)].

٩٦- خصائص الرهن الرسمى :

يتميز الرهن الرسمى بالخصاص الآتية :

١- أنه حق عينى ، وقد صرح المشـــرع بـــذلك فـــى المـــادة (١٠٣٠) التى عرفت الرهن الرسمى . فالرهن يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشئ موضوع الحق يستعملها دون وســـاطة شـــخص آخر . على أن هذه السلطة – على خلاف الحال فى الحقوق العينية الأصلية – لاتخول حقا فى استعمال الشئ أو استغلاله ، وإنما فقـــط

---

(١) الدكتور عبد المنعم البدراوى التأمينات العينية الطبعة الأولى ١٩٦٩ ص ١١- الدكتور منصور مصطفى منصور التأمينات العينية طبعة ١٩٦٣ ص ١٧ .

فى اقتضاء الدائن المرتهن حقه من المقابل النقدى للشئ محل الحق بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهنين اللاحقين له فى المرتبة .

ولما كان حق الرهن الرسمى من الحقوق العينية فإنه يخول صاحبه حق التقدم وحق التتبع [١].

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

" إنه لما كانت المادة ٢٠٨[٢] من القانون المدنى لاتنطبق ، كما هو صريح نصها إلا على الديون أو التعهدات فإن حكمها لايسرى على الرهن الرسمى الذى هو حق عينى ، بل الذى يسرى عليه هو حكم المادة ١١٨ التى أورد فيها القانون بيان أحوال زوال الحقوق العينية . ولما كان حق الرهن بحسب طبيعته لا يمكن اكتسابه بوضع اليد لأنه حق تبعى لانتصور له وجودا إلا ضمانا لدين ، والديون لاتكتسب بوضع اليد ، فالاستثناء المنصوص عليه فى المادة ١٠٢ من القانون المدنى المختلط ليس إلا تقريرا لما هو مقرر ، فإغفاله فى المادة ٧٦ من القانون الأهلى لا يمكن أن يفيد أن هذا القانون جاء على خلاف القانون المختلط مجيزا اكتساب

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٢ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٦٩ .

(٢) المادة ٢٠٨ هى التى تقرر القاعدة العامة فى انقضاء الالتزامات بمضى خمس عشرة سنة .

الرهن بوضع اليد. ولما كان عدم الاستعمال ليس من أسباب زوال الحقوق العينية الواردة على سبيل الحصر فى المادة ٨٨ فإن حـــق الرهن المحفوظ وفقا للقانون لايمكن أن يسقط بمضى المدة استقلالا عن الدين المضمون به " .

(طعن رقم ١١٧ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥)

٢- أنه حق عينى تابع ، يتبع الالتزام الأصـــلى الـــذى وجـــد لضمانه . والرهن ككل الحقوق التبعية لا يوجد مستقلا بنفسه ، بـــل لابد أن يرتكز على التزام صحيح ، حتى يوفر ضمان الوفاء به .

والأصل أن الرهن لايوجد إلا بعد وجـــود الالتـــزام الأصـــلى المضمون . ولكننا سنرى فى بعض الأحوال ومراعاة لاعتبـــارات خاصةأن الرهن قد يوجد قبل تحمل ذمة المدين بالالتزام المضمون . ويترتب على فكرة التبعية أن الرهن يتبع الالتـــزام الأصـــلى فـــى وجوده وصحته وزواله .

٣- أنه حق عقارى ، فهو لا يرد إلا على العقار دون المنقول.

وقد يرد الرهن استثناء على بعض المنقولات التى نظم القانون بالنسبة لها طريقة خاصة من طـــرق الشـــهر كالســـفينة والمحـــل التجارى .

والسبب فى أن الرهن الرسمى لا يرد على المنقـــول أن هـــذا الرهن هو رهن غير حيازى ، أى أن الحيازة فيـــه لا تنتقـــل إلـــى الدائن المرتهن بل يظل الشئ المرهون فى حيـــازة الـــراهن . وإذا

كان من السهل تنظيم شهر للرهن فى العقار ، حتى يستطيع الغير أن يعلموا به إلا أن هذا غير ميسور بالنسبة للمنقولات . وإنما تقوم الحيازة فى المنقول مقام إجراءات الشهر فى العقار ، ولذلك لم يكن من الجائز رهن المنقول إلا رهنا حيازيا [1].

٤- أنه حق غير قابل للتجزئة بمعنى أن العقار المرهون فى جملته وفى كل جزء منه ضامن لوفاء الدين كله وكل جزء منه . (أنظر شرح المادة ١٠٤١) .

٩٧ـ الشروط الموضوعية فى عقد الرهن الرسمى :

يشترط لانعقاد العقد كسائر العقود ، وجود الرضا ووجود محل وسبب مستوفين الشروط القانونية . ويشترط لصحته أن يصدر الرضا سليما من العيوب من شخص تتوافر فيه الأهلية . وفيما يتعلق بالسبب لايوجد ما يتخصص به الرهن عن سائر العقود .

الرضاء :

الرهن الرسمى عقد ، فيجب توافق الإيجاب والقبول الصادرين من طرفيه . وطرفا عقد الرهن هما الراهن والمرتهن . ويغلب أن يكون الراهن هو المدين ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون شخصا آخر يقرر على عقاره رهنا ضمانا للوفاء بدين على غيره . وهذا هو الكفيل العينى كما سنرى (م١٠٣٢/١ مدنى) .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٢ ومابعدها – محمد على إمام ص ٢٢٧ .

ويلزم تطبيقا للقواعد العامة أن يأتى رضاء الراهن والمــرتهن صحيحا خاليا من العيوب التى تشوبه ، وهــى الغلــط والتــدليس والإكراه والاستغلال .

٩٨_ أهلية المرتهن والراهن :

أنظر شرح المادة (١٠٣٢) .

(الفصل الأول)

(إنشاء الرهن)

مـــادة (١٠٣١)

١- لاينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية .

٢- ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك .

الشـــرح

٩٩- الرسمية ركن فى العقد :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " لاينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية " .

ويبين من هذا النص أن الرهن الرسمى عقد شكلى لا يكفى لقيامه مجرد توافق الإرادتين ، بل لابد من توافر الشكل الذى تطلبه المشرع لقيام العقد . فالرسمية ركن فى الرهن .

فالرسمية هى مميز الرهن الأساسى ، ولذلك سمى بالرهن الرسمى .

١٠٠- حكمة الرسمية :

اشترط المشرع الرسمية حماية للراهن وبقصد تنبيهه إلى خطورة التصرف الذى يجريه ، إذ هو من غير أن تتغير سلطته على العقار يثقله بحق عينى غالبا ما يؤدى فى النهاية إلى ضياعه منه ، ولعله أن يتروى ويتبصر قبل أن يبرم العقد[١].

---

(١) سليمان مرقس ص ١٠٨ - محمد على إمام ص ٢٧٦ .

هذا والرسمية تحقق فائدة للدائن المرتهن أيضا ، لأنها تـزوده منذ إبرام العقد بسند تنفيذى يغنيه عن إجراءات التقاضى إذا امتنـع المدين الراهن عن الوفاء بدينه عند حلول الأجل .

والرسمية تحقق فائدة للرهن ذاته ، وللائتمان العقـارى بصـفة عامة ، لأنها تضمن إلى حد كبير أن يراعى فى إبرام العقد الشروط اللازمة لصحته من شروط الأهلية ، وملكية الـراهن وتخصـيص الرهن .

ومع ذلك فيلاحظ أنه قد يتأخر التخصيص عن إبرام العقد ذاته ، ولهذا اشترط المشرع أن يتم التخصيص فى هـذه الحالـة بورقـة رسمية أيضا (م ٢/١٠٣٥) [١] .

وينتقد الشراح اشتراط الرسمية فى الوقت الحاضر ويرون فيها مجرد شكل تقليدى لا مبرر له الآن خاصة بعد قيام نظام الشـهر ، هذا فضلا عن صعوبة تبريرها بالنسبة للـرهن الرسـمى مـادام المشرع لم يستلزمها فى كافة التصرفات التى من شـأنها ترتيـب الحقوق العينية على العقار وفى مقدمتها البيع . على أنه مـع ذلـك لاجدال فى أن مالك العقار يقدر عند بيعه خطورة التصرف الـذى يقدم عليه إذ هو يعرف تماما أنه سيخرج نهائيا من يده . أمـا فـى الرهن فإن الراهن فى كل الحالات يقدم على رهن العقـار ولديـه

---

(١) السنهورى ص ٢٢٩ – سمير عبد السيد تناغو ص ١٤٠ .

الأمل الذى يكاد يرقى إلى مرتبة اليقين فى أن سيوفى بالدين ويخلص عقاره من الحق العينى الذى رتبه عليه . على أنه غالبا ما تخيب الظروف هذا الظن وتنتهى الأمور إلى غير ما توقع . ولذلك كان اشتراط الرسمية له ما يبرره من حيث إشعار الراهن بخطورة العقد وحمله على التبصر فى عواقبه فلا يقدم عليه إلا بعد تفكير وتدبير لنتائجه [1].

١٠١ـ هل تلزم الرسمية فى رضا الدائن المرتهن ؟

لا خلاف فى وجوب الرسمية فى رضا الراهن ، لأن الرسمية شرعت فى المقام الأول حماية للراهن . فإذا كان الراهن والمرتهن حاضرين فى مجلس العقد أثبت رضاهما فى العقد وانتهى الأمر بذلك .

أما إذا كان كل منهما فى جهة ، فقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن يكفى أن يدون رضا الراهن فى ورقة رسمية ، وينعقد العقد بأى قبول يصدر من المرتهن سواء كان بورقة رسمية أو بورقة عرفية أو بغيرهما ، وتعليلهم لذلك أن المشرع تطلب الرسمية حماية للراهن [2].

---

(١) محمد على إمام ص ٢٧٦ – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٢٧٣ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس ص ١٠٩ ومابعدها – محمد على إمام ص ٢٧٧ – عبد المنعم البدراوى ص ٦١ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٤ .

ويذهب رأى آخر إلى أن الظاهر من نصوص القانون أن الرسميةضرورية فى كل من رضاء الراهن ورضا الدائن المرتهن ، فلا يكفى أن يكون رضا الراهن وحده رسميا إذا لم يكن رضا الدائن المرتهن رسميا أيضا . ذلك أن المشرع ينص على وجوب انعقاد الرهن فى ورقة رسمية ، وانعقاد الرهن لايتم إلا بإيجاب وقبول ، مما يؤدى إلى القول بضرورة إفراغ رضا طرفى العقد فى الشكل الرسمى . هذا فضلا عن أنه لما كان تطلب الرسمية هنا وثيق الصلة بمبدأ تخصيص الرهن ، فإنه يجب أن يتم رضا الراهن والمرتهن معا فى ورقة رسمية تتضمن البيانات اللازمة بشأن العقار المضمون والالتزام المضمون حتى يكتسب هذا الرضا الحجية التى تكفل تفادى ما قد يثور من منازعات احتمالية ، فضلا عن أنه ليس صحيحا أن الرسمية قد تقررت حماية للراهن فقط ولمصلحته . فهى تحقق فائدة للمرتهن أيضا وللرهن ذاته [(١)].

وهذا الرأى هو الذى نرجحه .

وتكون الرسمية ضرورية فى الرهن دون القرض .

فيجوز ثبوت الدين فى ورقة عرفية على أن يكون الرهن بورقة رسمية .

---

(١) السنهورى ص ٢٢٩ - توفيق حسن فرج ص ١٣٣ ومابعدها - سمير عبد السيد تناغو ص ١٤٣ومابعدها - الدكتور نعمان جمعه الحقوق العينية ١٩٩٩- ٢٠٠٠ ص ٣٠ .

١٠٢ـ المقصود بالرسمية :

لم يشترط المشرع فى المادة (١/١٠٣١) أن يتم الرهن فى عقد رسمى ، بل فى ورقة رسمية ، وهذا أعم من العقد . والورقة الرسمية حسب تعريف قانون الإثبات فى المادة العاشرة منه هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه .

ومع ذلك فهناك إجماع فى الفقه على أنه ليست كل ورقة رسمية تصلح لإبرام الرهن ، فالاتفاق على الرهن الثابت فى محضر أمام القضاء لايكفى لإنشاء الرهن الرسمى . بل لابد أن يتم الرهن فى عقد رسمى [1]، وهو عقد يتم بمكتب التوثيق طبقا للإجراءات التى نص عليها قانون التوثيق (القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧). ولعله مما يؤيد هذا الرأى من نصوص التشريع ذاته ، أن المشرع استعمل لفظ العقد فى اشتراطه فى المادة (١/١٠٣٥) أن يرد تخصيص الرهن " إما فى عقد الرهن ذاته أوفى عقد رسمى لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلا " .

والمشرع يشترط الرسمية فى عقد الرهن نفسه ، وليس فى عقد

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١٤٢ ومابعدها – نعمان جمعه ص ٣٠- حسام الأهوانى ص ٧٥ .

الدين المضمون بالرهن ، ذلك أن الدين ينشأ بصفة مستقلة عن الرهن ، ومن المتصور ألا يكون مصدره عقديا على الإطلاق . كأن يكون ناشئا عن عمل غير مشروع .

وإذا كان مصدره العقد فالغالب أن يكون عقد قرض وأن ينشأ الدين فى نفس الوقت الذى ينشأ الرهن الضامن له ، إلا أنه لا مانع من أن ينشأ الدين قبل الرهن ، أو ينشأ مستقلا عنه ، ولا يشترط لنشأته على أى حال إفراغه فى عقد رسمى .

١٠٣ـ عقد الرهن الرسمى الذى يبرم فى الخارج :

إذا عقد الرهن فى الخارج بالنسبة لعقار فى مصر جاز أن يوثق العقد أمام موظف مصرى فى إحدى القنصليات المصرية الموجودة فى الخارج .

ولايعترض على ذلك بنص المادة (٢٠) من القانون المدنى التى تجيز إخضاع العقود فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه . إذ كما تقول مذكرة المشروع التمهيدى تعليقا على هذا النص : " إن اختصاص القانون الذى يسرى على الشكل لايتناول إلا عناصر الشكل الخارجية ، أما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى ، فلا يسرى عليها إلا القانون الذى يرجع إليه للفصل فى التصرف من

حيث الموضوع " . ولما كان قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار (مادة ٢/١٩) ، فإن عقد الرهن الرسمى إذا ورد على عقار كائن بمصر يجب أن يخضع من حيث الرسمية أيضا لأحكام القانون المصرى (١).

١٠٤ـ الجزاء على تخلف الرسمية :

مادامت الرسمية – كما ذكرنا سلفا – ركناً فى العقد فإنه لاينعقد بدونها . فهى ليست مطلوبة لمجرد الإثبات بحيث يغنى عنها الإقرار مثلا ، وإنما هى شرط انعقاد ، فإذا تخلفت وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا ولم يترتب عليه ثمة أثر .

ويبطل العقد كذلك إذا لم يراع الموظف المختص الشروط التى يستلزمها القانون للورقة الرسمية والتى يترتب على مخالفتها البطلان . كما لا تتوافر الرسمية قانونا ويبطل العقد بالتالى إذا حرره الموظف خارج نطاق اختصاصه (٢).

ويجوز لأى من الطرفين ولكل ذى مصلحة التمسك ببطلان عقد الرهن . وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

ولا ترد الإجازة على العقد الباطل .

ومتى كان عقد الرهن باطلا لتخلف الرسمية ، فإن الدائن

---

(١) السنهورى ص ٣٣٠ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٦٢ .

(٢) حسام الأهوانى ص ٨٢ .

لايستطيع أن يرفع دعوى بصحة عقد الرهن ، ذلك أن العقد لم ينعقد أصلا ويستحيل بالتالى الحكم بصحته .

وتقضى القواعد العامة أن العقد الباطل لاينتج أى أثر . ولكن المادة ١٤٤ من التقنين المدنى التى قننت أحكام تحول العقد تنص على أنه : " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتبار العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد " .

غير أنه لا يمكن القول بتحول عقد الرهن الباطل لتخلف الرسمية إلى عقد وعد بالرهن ، فطبقا للقانون المدنى إذا استلزم القانون شكلا معينا لقيام العقد وجبت مراعاة هذا الشكل فى عقد الوعد به . كما أن القانون يستلزم لانعقاد الوعد بالعقد أن يعين فى الاتفاق المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه . والمدة التى يجب أن يبرم خلالها . ومن ثم فإن تخلف الشكلية والمدة فى العقد تمنع تحول الرهن الباطل إلى وعد بالرهن .

ولكن إذا كتب وعد بالرهن فى ورقة عرفية ، فإن هذا الوعد يكون عقدا ملزما ، غير أنه لا يكون عقد وعد بالرهن . وإنما يوجب على الواعد أن يحرر عقدا رسميا بوعد الرهن ، فإن لم يفعل وجب عليه دفع التعويض لأن هذا هو الجزاء على تخلف الرسمية . كذلك يجوز تطبيقا للمادة ٣/٢٧٣ مدنى أن يعتبر

الموعود له أن الواعد لم يقم بوعده ، ولم يقدم ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات ، ومن ثم يكون للموعود له وهو الدائن أن يطلب سقوط أجل الدين ، فيصبح الدين حالا تجوز المطالبة به فورا[١].

١٠٥ـ الوعد بعقد الرهن الرسمى :

تقضى القواعد العامة فى القانون المدنى بأنه إذا استلزم القانون أو الاتفاق شكلا معينا لقيام العقد وجبت مراعاة هذا الشكل فى عقد الوعد به ، وفى الاتفاقات اللاحقة المعدلة لآثاره ما لم يقض القانون أو تسمح طبيعة المعاملة بغير ذلك (م١٠١/٢ مدنى) ويجب لانعقاد العقد بالوعد تعيين كافة المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه والمدة التى يجب أن يبرم خلالها وإلا بطل الوعد (م١٠١/٢).

وإذا تم الوعد بالرهن فى الشكل الرسمي فإنه يكون نشأ صحيحا ويرتب كافة آثاره .

وإذا تخلفت الرسمية فى عقد الوعد بالرهن ، وقع الوعد باطلا بطلانا مطلقا ، ولكنه لا يخلو من كل أثر قانونى – كما ذكرنا سلفا–وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ومع ذلك ، فالوعد بإبرام عقد رسمى ، لا يكون خلوا من أى أثر قانونى ، إذا لم

---

(١) السنهورى ص ٢٣٠– سمير عبد السيد تناغو ص ١٥١ ومابعدها – توفيق حسن فرج ص ١٣٨ .

يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لايؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة ، قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن ، أو على الأقل إلى قيام دعوى التعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به " [1]. وظاهر أن ذلك تطبيق لنظرية تحول العقد المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ من القانون .

(راجع البند السابق) .

١٠٦ ـ الوكالة فى عقد الرهن الرسمى :

تنص المادة (٧٠٠) من القانون المدنى على أنه : " يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك " .

ونظرا لأن الشكل الواجب توافره فى عقد الرهن يشترط من ناحيتين :

الأولى : تحرير العقد فى ورقة رسمية . والثانية : تدوين البيانات المتعلقة بتخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون ، فإنه يجب أن يكون التوكيل بورقة رسمية ، وأن يعين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٥ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٩ .

فيه العقار المراد رهنه والدين المراد ضمانه بالرهن ، فلا يكفى أن يكون التوكيل رسميا إذا لم يتضمن تخصيص الرهن [١].

والوكالة فى الرهن لا تنشأ صحيحة سواء من جانب الراهن أو من جانب المرتهن – طبقا للرأى الذى رجحناه – إلا إذا أفرغت في الشكل الرسمى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان البين من الأوراق أن الطاعن أصدر إلى أخيه المطعون ضده الأول التوكيل الرسمى العام رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٤ توثيق دمنهور يخوله التوقيع نيابة عنه على العقود فى بيع وشراء ورهن الأراضى الزراعية والفضاء وكافة العقارات وإدارة شركة التضامن القائمة بينهما وإذ أبرم المذكور عقد القرض المضمون بالرهن العقارى مع المطعون ضده الثانى باسم شركة التضامن التى تضمنه هو والطاعن – باعتباره شريكا متضامنا وهو مالا يمارى فيه الطاعن – كما رهن قطعة الأرض المملوكة للأخير ضمانا لهذا القرض بمقتضى التوكيل آنف البيان فإن الأثر المترتب على ذلك أن يصبح الطاعن – باعتباره شريكا فى شركة التضامن – مسئولا فى أمواله الخاصة عن ذلك القرض بالتضامن مع باقى الشركاء كما ينصرف إليه الرهن الذى أبرمه وكيله نيابة عنه فيعد بهذه المثابة

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٦٨ – محمد كامل مرسى ص ١٣٣ – سمير عبد السيد تناغو ص ١٤٤ ومابعدها .

كفيلا متضامنا وراهنا حتى ولو كان الدين فى ذمة شركة التضامن وحدها " .

(طعنان رقما ٣٤٨ ، ٣٩٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٢/٢٨)

١٠٧- نفقات عقد الرهن :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك " .

فقد جعل النص نفقات عقد الرهن على الراهن ، فالراهن هو صاحب مصلحة فى إتمام الرهن الذى بغيره ما كان المرتهن يقبل إعطاءه قرضا .

ومثال نفقات عقد الرهن ، النفقات اللازمة لاستخراج الشهادات العقارية ، وأتعاب المحامى ، ورسوم التوثيق .

وهذه القاعدة لاتتعلق بالنظام العام ، فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة فى عجزها بقولها : " إلا إذا اتفق على غير ذلك " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ونفقات العقد من كتابة ورسوم وقيد وغير ذلك تكون على الراهن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على شئ آخر " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٠

مـــادة (١٠٣٢)

١- يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كمـــا يجــوز أن يكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين .

٢-وفى كلتا الحالتين يجب أن يكون الـــراهن مالكـــا للعقـــار المرهون وأهلا للتصرف فيه .

الشـــرح

١٠٨ـ ممن يصدر الرهن ؟

الراهن قد يكون هو المدين ذاته ، وقد يكون شخصا آخر غيـــر المدين ، فيكون كفيلا عينيا يقدم عقاره ضمانا لدين علـــى آخـــر . ويلزم فى الحالتين أن يكون الراهن أهلا للتصـــرف فـــى العقـــار المرهون وأن يكون مالكا له كما سنرى .

١٠٩ـ ملكية الراهن للمال المرهون :

أوجبت الفقرة الثانية من المادة أن **يكون الراهن مالكـــا للعقـــار المرهون .**

ذلك أن مالك العقار بقبوله الرهن يوافق مقدما على بيعه بالمزاد العلنى عند عدم الوفاء . ومثل هذا القبول لا تكون له أية فائدة إذا لم يكن الراهن مالكا للعقار [١].

---

(١) وحال مناقشة المادة (١٤٣٨) من المشروع التمهيدى التى أصـــبحت المادة (١٠٣١) من التقنين المدنى اقترح بعض حضرات مستشـــارى

١١٠ـ رهن حق الانتفاع وملكية الرقبة :

يصح رهن حق الانتفاع إذا ما ورد على عقار ، لأنــه يجــوز بيعه بالمزاد العلنى مستقلا عن ملكية الرقبة . وكذلك يصح رهــن ملكية الرقبة ، لأنه يجوز بيعها بالمزاد مستقلة عن حق الانتفاع .

ومن مستلزمات حق الانتفاع أن يكون واردا على ملك الغيــر ، ومن ثم لايصح لشخص أن يرهن حق المنفعة المقرر له على عقار ، إلا إذا كانت ملكية الرقبة مقررة لشخص آخر غيره ، فــلا يجــوز للمالك أن يرهن حق الانتفاع على عقار يملكه ، إذ ليس له حق من هذا النوع ، فكل ما له هو الملكية التامة . وما ذكرناه عن الانتفــاع يسرى على ملكية الرقبة .

محكمة النقض أن يضاف إلى الفقرة الأولى من المادة المذكورة العبارة الآتية " وصادرا من مالك " ليتفق النص مع حكم القــانون الحــالى . وليس من فائدة عملية تعود من وراء حكم البطلان النسبى فــى رهــن ملك الغير بخلاف الحال فى خصوص بيع ملك الغير . وخصوصا أن إقرار المالك الحقيقى للرهن هو بمثابة رهن جديد يجب أن يفرغ فــي سند رسمى ولايحتج به على الغير إلا من تاريخ قيده ومتى كان ذلــك فلا موجب لتغيير حكم القانون الحالى ".

إلا أن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح لأن حكم التقنين الحالى منتقــد فى خصوص التفريق بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغيــر فمنطــق القانون لايبيح مثل هذا التفريق وليس فى الاعتبارات العملية ما يبرره أيضا ... الخ " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٩ ومابعدها) .

ورهن حق الانتفاع ينقضى بانقضاء موضوعه .

ولما كان من مستلزمات حق الانتفاع أن يكون مؤقتا ، إذ هو ينقضى حتما بوفاة المنتفع ما لم يحدد لانقضائه أجل أقرب ، فإن رهنه يقع نادرا فى العمل .

وإذا تصرف المنتفع فى حق المنفعة ، فإن ذلك لايضر بالمرتهن لهذا الحق ، طالما كان شهر الرهن سابقا على شهر التصرف ، ولايهم فى ذلك ما إذا صدر التصرف لصالح الغير أو لصالح مالك الرقبة نفسه. لأن حق الانتفاع لاينقضى فى هذه الحالة ، ولكنه ينتقل من المنتفع إلى شخص آخر . وإذا ترتب على إساءة المنتفع استعمال الشئ ، أن حكم القاضى بانتهاء حق الانتفاع ، فإن ذلك لايخل بحق المرتهن وتعود المنفعة إلى مالك الرقبة محملة بالرهن (م٩٨٨/٢ مدنى) .

وإذا رهن حق الانتفاع ثم عادت المنفعة إلى مالك الرقبة بسبب غير انقضاء حق الانتفاع بانتهاء أجله ، فإن الرهن لايشمل إلا حق المنفعة ، فهو لا يتعداه إلى ملكية الرقبة . أما إذا كانت ملكية الرقبة هى المحملة بالرهن ، وانتهى أجل حق الانتفاع ، فإن الرهن يشمل المنفعة ، باعتبار أنها من توابع الرقبة ومصيرها النهائى إليها[١] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٩٨ ومابعدها .

١١١ـ أهلية مباشرة عقد الرهن :

(أ) بالنسبة للراهن :

نص المشرع صراحة فى الفقرة الأولى من المادة على أنه يجب أن يكون الراهن أهلا للتصرف سواء كان الراهن هو المدين أو غيره . ذلك أن الرهن حق عينى يثقل العين ، وأهلية التصرف فى الشئ لازمة كشرط لإنشاء أى حق عينى عليه .

والرهن من ناحية أخرى يعتبر تصرفا دائرا بين النفع والضرر بالنسبة للمدين الراهن .

ذلك أن المدين يرهن عقاره فى مقابل حصوله على الائتمان الذى يطلبه من الدائن .

فيشترط إذن لصحة الرهن أن يصدر من كامل الأهلية وهو من بلغ واحداً وعشرين سنة ميلادية كاملة . فإذا صدر من ناقص الأهلية – كصبى مميز أو نحوه – كان قابلا للإبطال بناء على طلبه أو طلب صاحب الولاية عليه.

أما إذا كان الراهن شخصا غير المدين (وهذا هو الكفيل العينى) فإن العقد يعتبر بالنسبة له من التصرفات الضارة ضررا محضا أو الدائرة بين النفع والضرر تبعا لما إذا كان قد رهن متبرعا أو تقاضى مقابلا . فإذا كان الكفيل العينى متبرعا بالرهن أى لم يحصل على مقابل ، اشترطت فيه أهلية التبرع أى لزم أن يكون

كامل الأهلية ، فإن باشر العقد وهو قاصر كان العقد باطلا بطلانا مطلقا . أما إذا تبين أنه قدم الرهن بمقابل ، كان العقد قابلا للإبطال وليس باطلا[1] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١١٧ – محمد على إمام ص ٢٣٥- رمضان أبو السعود وهمام زهران ص ٢١٦ – ويذهب الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٧٩ هامش (٢) إلى أنه يجوز للقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره إذا أذنت له المحكمة فى تسلم أمواله أو بعضها أن يباشر أعمال التصرف التى تقتضيها إدارة الأموال التى يتسلمها . وعلى ذلك يجوز للقاصر أن يرهن أمواله ضمانا للوفاء بالتزاماته الناتجة من إدارة أمواله ، فيجوز له مثلا أن يرهن عقاراته ضمانا للوفاء بثمن ما يشتريه لحاجة الزراعة ، وهو يستند فى ذلك إلى أنه ورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون المحاكم الحسبية أنه يدخل فى أعمال الإدارة " كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة ولو كان بيعا أو شراء أو رهنا " .

إلا أن هذا الرأى لا يمكن التسليم به ، إذ من الواضح أن نية المشرع لم تنصرف إطلاقا إلى الإذن للصبى بمباشرة أعمال التصرف كبيع العقار أو رهنه ، وإنما المقصود هو مباشرة التصرفات الملحقة بأعمال الإدارة كشراء الأسمدة والبذور وبيع المحصول أو رهنه ويساند هذا الاعتراض نص المادتين ٥٦ ، ٥٧ من قانون الولاية على المال والمذكرة الإيضاحية التى تخرج من نطاق أعمال الإدارة أعمال التصرف التى يترتب عليها المساس بالأصل الرأسمالى أو ترتيب حق عينى عليه (رمضان أبو السعود وهمام زهران ص ٢١٦ هامش ٢- محمد على إمام ص ٢٣٥ – حسام الدين الأهوانى ص ٧٤) .

وأهلية التصرف يجب أن تتوافر لدى الراهن سواء أكان شخصا طبيعيا أم شخصا معنويا . فالشركة مثلا لايصح لها أن ترهن عقاراتها إلا إذا كان لها حق التصرف فيها طبقا لعقد التأسيس . والذى يقوم بالرهن نيابة عنها فى هذه الحالة هو ممثلها أو النائب عنها . إنما لابد من تفويض خاص بالرهن .

(ب) بالنسبة للدائن المرتهن :

الرهن بالنسبة للدائن المرتهن مجرد ضمان أو تأمين لاستيفاء الدين ، وهو لا يلقى على عاتقه أى التزام ما . ومن ثم فهو يعتبر نافعا له نفعا محضا . وينبنى على ذلك أنه يكفى بالنسبة للدائن المرتهن توافر أهلية الاغتناء أى أن يكون أهلا لقبول التبرعات ، فيصح لكل من الصبى المميز والسفيه وذى الغفلة أن يرتهن العقار رهنا رسميا(١) .

١١٢ - الولاية اللازمة لمباشرة عقد الرهن :

الولاية وهى سلطة مباشرة التصرف عن الغير ، تتطلب فى الولى الذى يباشر العقد نيابة عن الغير أن تكون لديه سلطة التصرف بمقابل أو تبرعا وفقا للأحكام العامة فى النيابة القانونية أو النيابة الاتفاقية .

---

(١) توفيق حسن فرج ص ١٠٥ – محمد على إمام ص ٢٣٤ – محمد كامل مرسى ص ١٣٣ .

وبالرجوع إلى المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال يبين ما يأتى :

١- أن الأب يملك سلطة التصرف فى عقار القاصر وبالتالى رهنه من غير إجازة المحكمة إذا كانت قيمته لاتزيد على ثلثمائة جنيه (م٧) . وبشرط ألا يكون الرهن على سبيل التبرع حيث لايجوز ذلك إلا لأداء واجب انسانى أو عائلى وبشرط إذن المحكمة (م٥) .

٢- يستثنى مما تقدم إذا كان العقار قد آل إلى القاصر بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا (م١٣) .

٣- أن الجد أو الوصى لايجوز له التصرف فى عقار ناقص الأهلية إلا بإذن من المحكمة .

فلا يكون له رهنه بدون هذا الإذن (م ١٥) .

٤- لايجوز للولى أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه (م٦).

٥- تسرى على القيم والوكيل عن الغائب الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء (م ٧٨) .

أما فيما يتعلق بالارتهان ، فيجوز للولى أو الوصى الارتهان لصالح المشمول برعايته دون استئذان المحكمة ، لأن الارتهان من الأعمال النافعة نفعا محضا بالنسبة للدائن المرتهن .

مــادة (١٠٣٣)

١- إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسـمية ، وإذا لـم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لايترتب علــى العقــار إلا مــن الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن .

٢- ويقع باطلا رهن المال المستقبل .

الشــرح

١٠٣ ـ المقصود برهن ملك الغير :

رهن ملك الغير هو الرهن الصادر من شخص باسمه ولحسابه على عقار غير مملوك له ، ويدخل فى ذلك الرهن الصــادر مـن مشترى العقار قبل تسجيله لأنه إلى حين التسجيل لايعد مالكا .

وكذلك يدخل فى رهن ملك الغير الرهن الذى يعقــده شــخص على عقار ليس له عليه ولاية التصرف فيه .

وذلك شأن النائب الذى يقوم برهن عقار الأصيل متجاوزا حدود النيابة .

ولكن يخرج عن رهن ملك الغير ، الحالة التــى يتعهـد فيهــا شخص بأن يحمل مالك العقار على رهنه باعتبار أننا نكـون أمــام حالة تعهد عن الغير وليس رهنا لملكه .

حكم رهن ملك الغير :

١١٠٤ـ حكم رهن ملك الغير فيما بين المتعاقدين :

تقضى القواعد العامة باعتبار رهن ملك الغير صحيحا فيما بين المتعاقدين وغير نافذ فى مواجهة المالك الحقيقى ما لم يقره . وكان من شأن هذه القواعد أن تجيز للدائن فسخ عقد الرهن لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه بإنشاء الرهن ، والمطالبة بإسقاط أجل الدين المضمون لعدم قيام المدين بتقديم ما وعد به من تأمين .

إلا أن المادة وحدت فى الحكم بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير ، فجعلت رهن ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .... فإن كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا ، وقد انحرف المشروع فى هذا الحكم عن التقنين الحالى (م ٦٨٧/٥٦٣) الذى يجعل رهن الأموال المستقبلة باطلا بطلانا مطلقا دون تمييز بين عقار معين وبين عقار غير معين .

وقد أراد المشروع بجعل الرهن فى العقار المعين غير المملوك للراهن باطلا بطلانا نسبيا أن يوحد فى الحكم ما بين بيع ملك الغير (م٦٣٢ من المشروع) ورهن ملك الغير رهنا رسميا (م١٤٤٠ من المشروع) ورهن ملك الغير حيازة (م١٥٣١ فقرة ٢ من

المشروع) لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع . وفي هذه الفروض الثلاثة يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (المشترى أو الدائن المرتهن) كما يجيزه إقرار المالك الحقيقي أو انتقال الملكية منه إلى البائع أو الراهن "[١].

وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن وحده دون الراهن أن يطلب إبطال عقد الرهن الرسمي لأن البطلان نسبي وضع لمصلحته ، ولايجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها [٢].

ويذهب جمهور الفقهاء إلى أن الحق في الإبطال يثبت للمرتهن سواء أكان يجهل وقت إبرام الرهن أن العقار المرهون غير مملوك للراهن ، أو كان يعلم ذلك ، وذلك قياسا على حق المشترى في إبطال بيع ملك الغير [٣].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٤ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣١ ومابعدها – محمد على إمام ص ٢٤٢ .

(٣) السنهورى ص ٢٤٥ – همام زهران ص ٣٤٩ . وعكس ذلك أحمد سلامه ص ١٣٧ ومابعدها – محمد لبيب شنب ص ٦٧ .

فيقول الدكتور أحمد سلامه إن الفقه المشار إليه بالمتن يقرر حجتين توصلان إلى ما يقول به ، **الحجة الأولى** : ما ورد في الأعمال التحضيرية من أن المشرع أراد من اعتبار رهن العقار المعين غير المملوك للراهن باطلا بطلانا نسبيا أن يوحد في الحكم ما بين ملك الغير ورهن ملك الغير رهنا رسميا لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع . **والحجة الثانية** : مستمدة من عبارة المادة ١٠٣٣ التى تفترض ضمنا

أن الرهن يكون قبل إقرار المالك واكتساب الراهن الملكية قابلا للإبطال وغير نافذ في حق المالك وأنه يعتقد أن هاتين الحجتين قاطعتان ، بل هما لا يؤديان إلى النتيجة التي التصقت بهما ، فما ورد في الأعمال التحضيرية يفيد فقط أن المشرع أراد أن يوحد الجزاء بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير ، بجامع أن كل منهما يصدر من غير مالك ، ومن ثم فلا ينفذ أيهما في حق هذا الأخير .

أما القول بأنه يجوز للمشترى أن يطلب الإبطال في جميع الأحوال ، وإن وجد ما يمكن اعتباره سندا له في نص المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، فهو لايجد أي سند بالنسبة للمرتهن ، لأن نص المادة ١٠٣٣ لا يوحي بشئ من ذلك ، والقواعد العامة لاتسمح به . ومعلوم أن الأعمال التحضيرية لا تستطيع خلق استثناء على هذه القواعد . وإذن يمكن القول بأن المرتهن لا يملك طلب الإبطال إلا إذا وقع في غلط ، وعلى هذا المعنى تنصرف العبارة الواردة في الأعمال التحضيرية من أنه يكون لمن تقرر البطلان لمصلحته أن يجيز العقد (المشترى والمرتهن) فكيف يستساغ أمر صدور هذه الإجازة منه في غير هذه الصورة وإجازته على أية حال لاتقدم ولا تؤخر بالنسبة لعدم سريان العقد في حق المالك .

أضف إلى ذلك أنه قد ورد في الأعمال التحضيرية أن المشرع اقتبس النص من القانون الإيطالي ، وإذن فهذا القانون هو مصدره التاريخي . ووفقا للمادة ٢٨٢٢ منه لايجوز إجراء قيد رهن ملك الغير إلا من الوقت الذي يصبح فيه الراهن مالكا لما رهن ، فهو لم يعط إذن للمرتهن إبطال العقد ، وإنما تعطيه له القواعد العامة حيث يكون قد وقع في غلط .

وكذلك الأمر بالنسبة للمادة ١/١٠٣٣ مدني مصري فهي لاتفيد إعطاء المرتهن حق طلب إبطال العقد ، وإنما تقول إن عقد الرهن يصبح

صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى الأمر الذى لاعلاقة له بإعطاء المرتهن طلب الإبطال ، وإنما تعطيه إياه قواعد الغلط .
ويستطرد أن الخلاصة أن الدائن المرتهن لايستطيع أن يطلب الإبطال إلا إذا وقع فى غلط ، أى كان يعتقد أن العقار مملوك للراهن ، أما لو كان يعلم أن الراهن ليس مالكا لما يرهن فلا يكون له طلب الإبطال . وحيث لا يكون له طلب الإبطال لا يكون له أيضا أن يطلب إسقاط الأجل لعدم تقديم التأمين الموعود بتقديمه تطبيقا لنص المادة ٢/٢٧٣ مدنى . فسقوط الأجل حسب الفقرة الثالثة من المادة ٢٧٣ يفيد أن الدائن كان قد اعتقد فى جدية وعد المدين ثم فوجئ فيما بعد بعدم تنفيذ هذا الوعد. أما لو كان يعلم أن المدين ليس فى مقدوره أن يقدمله التأمينات ، وأن الأمر ليس فى يده فإنه يعتقد أن هذا يشكل مفاجأة غير سارة للدائن ، الأمر الذى يستدعى سقوط الأجل ... الخ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط لصحة ونفاذ رهن العقار الصادر من غير مالك وفقا لنص المادة ٧٩ مكررة من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة ١٠٧ من القانون المختلط الملغى توافر شرطين ، الأول – أن يكون الرهن قد صدر من شخص وضع يده على العقار المرهون مدة خمس السنوات السابقة على الرهن وضعا مستوفيا للشروط المؤدية إلى كسب الملك بالتقادم ، بأن تكون حيازته ظاهرة هادئة مستمرة لا غموض فيها وبصفة مالك ، والثانى – أن يكون المرتهن حسن النية ، فلا يكفى أن يعتقد أن مدينه مالك ، بل يجب أن يكون لديه أسباب قوية أوجبت اعتقاده ملكية الراهن . وإذن فمتى كان الرهن قد صدر من شخص يضع يده بسبب معلوم غير أسباب التملك كالنائب والمستأجر والمستعير فإن الرهن يكون باطلا ولا يسرى حكم المادة عليها "

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٩)

٥١١ - تصحيح رهن ملك الغير :

يصحح رهن ملك الغير بإحدى طرق ثلاث هى :

١- إجازة المرتهن عقد الرهن :

يزول حق إبطال رهن ملك الغير بإجازة المرتهن عقد الرهن إجازة صريحة أو ضمنية (م١٣٩ - ٤٦٦ مدنى) .

٢- التقادم :

يزول حق إبطال رهن ملك الغير بالتقادم عملا بالمادة ١٤٠ مدنى التى تقضى بأن :

" ١- يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

٢- ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفى كل حال لايجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد " .

٣- إقرار المالك الحقيقى للرهن :

ويستلزم القانون أن يكون إقرار المالك فى هذه الحالة بورقة رسمية ، وفى هذا لأن إقرار المالك رهنا أبرمه غيره يعتبر بمثابة تقريره رهنا جديدا فيشترط فيه من حيث الشكل ما يشترط فى تقرير الرهن [١].

---

(١) سليمان مرقس ص ٦٣ .

فإذا ما صدر الإقرار فى الشكل المطلوب ، كان له أثر رجعى ، بمعنى أن الرهن يعتبر صحيحا من وقت الانعقاد ، مع عدم الإخلال بحقوق الغير التى اكتسبت من المالك قبل هذا الإقرار وأشهرت وفقا للقانون .

فإذا كان المالك قد رتب للغير رهنا أو أى حق عينى على العقار، وتم شهر هذا الحق وفقا للقانون، ثم صدر إقراره بعد ذلك ، فإن هذا الإقرار لا ينبغى أن يضر بحقوق الغير ، ولا يسرى الرهن عليهم حتى ولو كان قيده سابقا على شهر حقوقهم .

٤- اكتساب الراهن ملكية العقار المرهون :

فإذا آلت إلى الراهن ملكية العقار المرهون فإن حق الراهن ينشأ صحيحا اعتبارا من هذا الوقت . وإذا كان حق الرهن ينشأ من وقت تملك الراهن للعقار ، فإن هذا لا يضر بالحقوق التى ترتبت من المالك الأصلى فى الفترة بين انعقاد الرهن وتملك الراهن للعقار. وإذا كان حق الرهن لاينشأ فيما بين المتعاقدين - وهما الدائن والراهن - إلا من هذا الوقت ، فإنه اعتبارا من هذا التاريخ لايكون للدائن المرتهن التمسك بإبطاله [(١)].

---

(١) توفيق حسن فرج ص ١١٧ ومابعدها - محمد لبيب شنب ص ٦٥ ومابعدها .

١١٦ـ حكم رهن ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي :

إعمالا لمبدأ الأثر النسبي للعقود فإن العقود لا تتصرف آثارها إلا إلى المتعاقدين ولا تضر ولا تنفع غيرهما .

فرهن ملك الغير لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي إلا إذا أقره. ولما كان الرهن الرسمي من العقود الرسمية فإن القانون يستلزم أن يكون إقرار المالك للعقد بورقة رسمية .

ويترتب على إقرار المالك الحقيقي للرهن سقوط حق الدائن المرتهن في طلب البطلان ، ويسرى الرهن في حق المالك ، ويحق للدائن المرتهن أن يستوفى حقه من قيمة هذا العقار بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التالين له في المرتبة .

والإقرار لاينتج أثره إلا بصدوره في الورقة الرسمية أى لايكون له أثر رجعى . فالمالك عندما يصدر الإقرار فإنه يصدر قبوله بالرهن ، والقبول لايعتد به قانونا إلا إذا صدر في ورقة رسمية ، ولهذا فإن الرهن الذى يكون المالك طرفا فيه لا يكتمل ولاينعقد إلا منذ إتمام الشكلية اللازمة . فالرهن لاينشأ إلا من تاريخ الإقرار ولا يكون بأثر رجعى . فتاريخ الإقرار هو تاريخ تحرير الورقة الرسمية ولا يمكن أن يرتد تاريخ الورقة الرسمية بأثر رجعى إلى تاريخ الورقة الرسمية التى حرر فيها الرهن الصادر من غير المالك .

ويجب تسجيل الإقرار عن طريق القيد ، وإذا كان عقد الـــرهن الصادر من غير المالك قد سبق قيده فإنه يؤشر بإقرار المالك على هامش ذلك القيد . ولكن لايحتج بالرهن على الغير إلا من تـــاريخ تسجيل إقرار المالك .

ومن ثم فإن تحديد مرتبة الرهن تكون من تاريخ تسجيل الإقرار وليس من تاريخ قيد عقد الرهن الصادر من غير المالك (١).

وإذا أقر المالك الرهن ، فإن المالك يصبح هو الراهن . ولمـــا كان المالك غير مدين للدائن المرتهن فإن المالك يصبح فى الواقـــع كفيلا عينيا .

أما إذا لم يقر المالك الرهن فلا ينشأ حق الرهن بأى حال مـــن الأحوال ولا تمس حقوقه على الشئ المرهون من قبل غير المالك . والمالك يصير أجنبيا عن العقد لا يضار به ولاينتفع منه .

١١٠٧- رهن العقار المستقبل :

تقضى القواعد العامة بجواز التعامل فى الأشـــياء المســـتقبلة ، ماعدا التركات المستقبلة .

على أن المشرع فى باب الرهن خرج على هذا الأصل ، وقرر فى الفقرة الثانية من المادة أن رهن المال المستقبل يقع باطلا .

والمقصود برهن المال المستقبل ، الرهن الذى يقع على عقار لم

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ١٩٢ ومابعدها – محمد لبيب شنب ص ٦٥ .

يعين بالذات وإنما ينصب الرهن على ما عسى أن يملكه الدائن فى المستقبل من عقار لاعتقاده أنه سيملكه بطريـق مـا كالوصـية أو الشراء .

فهو لايرهن عقارا معينا بالذات كما يفعل فى رهن ملك الغير ، وإنما يرهن ما عسى أن يملكه فى المستقبل من عقار .

فإذا كان العقار موجودا فعلا ومملوكا للغير وحصل تعيينه تعيينا كافيا كان الرهن باطلا بطلانا نسبيا لوروده على ملك الغير . فـإذا كان العقار الموجود والمملوك للغير لم يعين تعيينا كافيا كان الرهن باطلا بطلانا مطلقا لا باعتبار موضوعه مالا مستقبلاً ولكن لتخلف شرط التخصيص وهو من الشكلية لانعقاد الرهن كما سنرى [1].

ويفصح عن تعريف المال المستقبل على النحو السابق أن النص كان يتضمن فى أصله الوارد بالمشروع التمهيدى أن الرهن يكـون باطلا إذا وقع على أموال مستقبلة ، ما لم يكـن المرهـون معينـا بالذات فتسرى أحكام رهن ملك الغير . كما ورد بمذكرة المشـروع التمهيدى فى هذا الشأن أنه : " إذا كان العقار المرهـون مسـتقبلا معينا بالذات وغير مملوك للراهن ، فإن الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا . أما إذا كان الرهن واقعا على عقـار لـم يعـين بالـذات ، واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه فى المسـتقبل مـن

(١) حسام الدين الأهوانى ص ١٣٦ – محمد على إمام ص ٢٦٣ .

عقار ، فإن الرهن يكون باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن ولم ير المشروع إدخال أى استثناء على هذا الحكم على خلاف ما ورد فى التقنين الفرنسى (أنظر م٢١٣٠ - م٢١٣١ من هذا التقنين)[(١)] .

ويلاحظ على أية حال أن رهن عقارات التركة المستقبلة رهنا رسميا يعتبر باطلا بطلانا مطلقا حتى ولو تضمن العقد تعيينها تعيينا كافيا .

١١٨ـ رهن المالك الظاهر :

المالك الظاهر ، هو شخص لا يملك المبيع ولم يمنحه القانون أو الاتفاق سلطة رهنه ، ولكنه يظهر عليه بمظهر المالك . فهو إذن عندما يرهن هذا الملك فإن يكون قد رهن ملك الغير ، وكان الأصل أن يسرى على هذا الرهن أحكام رهن ملك الغير .

إلا أن الهيئة العامة للمواد المدنية التجارية والأحوال الشخصية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٢/١٦ فى الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ ق " هيئة عامة " قد وضعت نظرية عامة للوضع الظاهر- وهى تسرى بالطبع على المالك الظاهر من مقتضاها – إذا توافرت شروطها – فإن الرهن الصادر من المالك الظاهر لملك غيره يقع صحيحا نافذافي حق المالك الحقيقى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٥ ص ١٥ .

وتخلص هذه الشروط فيما يختص بالمسألة محل البحث فيما يأتى :

١- أن يظهر الراهن على الشئ المبيع بمظهر صاحبه أى بمظهر المالك الحقيقى .

٢- أن يكون هذا المظهر من شأنه أن يولد الاعتقاد العام بأنه المالك الحقيقى .

٣- أن يكون الدائن المرتهن حسن النية . بمعنى أن يعتقد أن الراهن هو مالك الشئ المرهون ، فإذا كان سئ النية بمعنى أنه كان يعلم بعدم ملكية الراهن ، فإنه لا يكون جديرا بالحماية التى تكفلها له نظرية الوضع الظاهر ، وعليه تحمل تبعة التصرف الذى أبرمه .

٤- أن يكون المالك الحقيقى قد أسهم بخطئه فى ظهور الراهن بمظهر المالك الحقيقى .

فيشترط أن يكون المالك الحقيقى قد أسهم بخطئه – سلبا أو إيجابا – فى ظهور الراهن بمظهر المالك الحقيقى ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ، للشواهد المحيطة بهذا المركز ، والتى من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة .

وقد جاء بحكم الهيئة العامة سالف الذكر ما يأتى :

" وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة على النحو السالف بيانه – نفاذ التصرف المبرم بعوض

بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية ، فى مواجهة صاحب الحق ، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا - فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز . والتى من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين آنف الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب ، دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن " [١].

١١٠٩ - رهن الأموال الموزعة تطبيقا لقوانين الإصلاح الزراعى :

الأراضى المستولى عليها والموزعة على صغار الفلاحين أو على خريجى المعاهد الزراعية حسب الأحوال طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى ، متى

---

(١) راجع تفصيلات أخرى وقضاء محكمة النقض السابق واللاحق لحكم الهيئة العامة المجلد السابع (عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة ص ٨٦٨ ومابعدها) .

سجلت باسم الموزع عليه فإن الملكية تنتقل إليه دون انتظار للوفاء بثمنها .

ومع ذلك فقد نصت المادة ١٦ من المرسوم بقانون المذكور على أنه : " لايجوز لصاحب الأرض ولا لورثته من بعده التصرف فيها قبل الوفاء بثمنها كاملا ولايجوز قبل هذا الوفاء نزع ملكيتها سدادا لدين إلا أن يكون دينا للحكومة أو دينا لبنك التسليف الزراعى والتعاونى أو للجمعية التعاونية .

ومع ذلك إذا اقتضت الحال نزع ملكية أى جزء من الأرض للمنافع العامة جاز استثناء من حكم المادة الأولى من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧[١] بشأن نزع الملكية للمنافع العامة نزع الملكية بقرار من وزير الأشغال العمومية . ويكون لهذا القرار حكم المرسوم المنصوص عليه فى المادة المذكورة " .

ومن ثم فإن الرهن الذى يرتبه المالك الموزع عليه يكون باطلا رغم صدوره من مالك .

وقد يعترض على ذلك بأن الرهن يكون صحيحا ولكن لايجوز للدائن أن ينزع الملكية قبل وفاء المالك بالثمن إلى الحكومة . ولكن حظر التنفيذ الذى تتحدث عنه المادة إنما يهدف إلى إبقاء الملكية

---

(١) حل محله القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٤ ثم القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ السارى الآن .

للفلاح الصغير دون أن تثقل بأى قيد . يضاف إلى ذلك أن الــرهن تصرف والتصرف محظور [١].

١٢٠ ـ رهــن العقارات المشفوع فيها :

تنص المادة ٩٤٧ مدنى على أن : " لايسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيــع يصدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان من حقوق الأولوية فيمــا آل للمشترى من ثمن العقار " . وإذن فمتى سجل الشفيع إعلان رغبته فى الشفعة فإن ملكية المشترى تصبح مقيدة لصالح الشــفيع ، إذ أن فى هذا التسجيل معنى أنه جاد فى تملك العقار بالشفعة ، فلا يخول المشترى بمقتضى ملكيته التى أصبحت مهددة بالزوال بأن يضر به عن طريق تحميل العقار بحقوق عينية تبعية . وبديهى أن هذا القيد لا يتوافر إلا إذا كان عقد البيع قد سجل وإلا فإن الملكية تظل للبائع ولا يستطيع المشترى بالعقد غير المسجل أن يرتــب رهنــا علــى العقار ، إذ فى هذه الحالة سوف يكون صدر عن غير مالك . أمــا إذا كان البيع قد سجل فيفرق بين حالتين :

أن يكون المشترى قد رتب رهنا وتم قيده قبل تســجيل إعــلان

---

(١) أحمد سلامه ص ١٥٥.

الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو أن يكون قد فعل بعد هذا التسـجيل . ولاشك أن الرهون التي تترتب فى الأولى تنفذ فى حق الشفيع . أما الرهون التى تتم بعد تاريخ تسجيل إعلان الرغبة فلا تسرى فى حق الشفيع ومعنى عدم سريانها أنها لاتنفذ فى حق الشفيع . فالشفيع من الغير ولايسرى الرهن الذى يرتبه الراهن فى مواجهته إلا إذا كـان قد قيد قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة . وعلاوة على ذلك فإن المادة ٩٤٧ تطبيق للمادة ١٠٣٤ وسوف نرى أن شرط قيد المرتهن لرهنه متطلب لانطباقها . وينبنى على ذلك نفاذ الرهون التى قيدت بحسن نية قبل تسجيل الرغبة فى حق الشفيع . أما تلك التى قيـدت بعد ذلك ، أو قيدت قبله ولكن لم يتوافر لها شرط حسن النية فإنهـا تنتقل إلى ما يؤول للمشترى من ثمن العقار ، فإذا لم يكن المشترى قد دفع الثمن ، فلا يؤول إليه شئ وتفقد هذه الطائفة من الدائنين كل ميزة للرهن [١].

١٢١ـ رهن الأموال المشترط عدم التصرف فيها :

تنص الفقرة الأولى من المادة (١/٨٢٣ مدنى) على أنه : " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا . يقضى بمنع التصرف فى مـال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصور على مدة معقولة " .

---

(١) أحمد سلامه ص ١٥٦ .

كما تقضى المادة (٨٢٤) على أنه : " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المـادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع بـاطلا " . ومقتضـى الشـرط المانع أن يكون التصرف المخالف باطلا بطلانا إنما يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهى حماية مصـلحة خاصـة مشـروعة لأحـد الأشخاص فليست كل مخالفة للشرط عن طريـق الـرهن يسـتتبع بطلان الرهن ، فقد يحدث ألا يتنافر الغرض من الشرط مع رهـن المال وحينئذ يصح الرهن فمثلا حيث يشترط البائع على المشـترى عدم التصرف فى العقار قبل الوفاء بالثمن ، فـإن مصـلحته فـى الاشتراط تتمثل فى تجنب إجراءات التتبـع فـى مواجهـة الغيـر بمقتضى حق الامتياز الثابت له .

فإذا اعتبرنا هذه المصلحة مشروعة وصـح الشـرط ، فإنـه لايؤدى إلى منع المشترى من رهن العقار لأن المرتهن حين ينفـذ على العقار عن طريق بيعه ، يكون للبائع أن يستوفى حقه من الثمن دون أن يباشر إجراءات التتبع ، وإذن فالرهن لم يفوت على البـائع مصلحته التى من أجلها ضمن عقد البيع الشرط المانع [١].

(راجع فى التفصيل المجلد الرابع عشر – شرح المادة ٨٢٤).

---

(١) أحمد سلامه ص ١٥٢ .

مــادة (١٠٣٧)

يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالــك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغــاؤه أو زوالـــه لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبــرم فيه الرهن .

الشـــرح

١٢٢- الرهن الصادر من المالك الذى زالت ملكيته :

تقضى القواعد العامة بأنه إذا أبطل سند الملكية أو فسخ أو زال فإن الملكية تزول بأثر رجعى ، ويعتبر الشخص كأنه لم يكن مالكــا للعقار المرهون .

ويعتبر الرهن الصادر منه من قبيل رهن ملك الغير ومـــن ثـــم لاينفذ فى مواجهة المالك الحقيقى .

وإن كانت هذه القواعد العامة تحقق مصلحة المالـــك الحقيقـــى الذى عادت إليه الملكية ، فلا ينفذ فى مواجهته رهـــن لـــم يبرمـــه ولاشأن له به ، إلا أن عدم نفاذ الرهن فى مواجهة المالك الحقيقـــى يصيب الدائن المرتهن حسن النية بأفدح الأضرار ، فهو إذ أعطـــى الائتمان إلى المدين الراهن قد اعتمد على الرهن كضمان لحقه بـــل ولولا الرهن لما كان القرض مثلا ..

ولذا ارتأى المشرع التوفيق بين المصالح المتعارضـــة بحيـــث

تكون مراعاة المالك الحقيقى فى الحدود التى لا تتعارض فيها مع الدائن المرتهن حسن النية ، بالإبقاء على الرهن الذى صدر من مالك زالت عنه الملكية فيما بعد ، وذلك إذا تحققت عدة شروط نعرض لها فيما يلى .

١٢٣ـ الشروط الواجب توافرها لبقاء الرهن الصادر من المالك الذى زالت ملكيته :

يشترط لبقاء الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو زواله لأى سبب آخر لمصلحة الدائن المرتهن توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون فى لحظة انعقاد الرهن الرسمى :

فالمادة صريحة فى أن الرهن يجب أن يصدر من مالك طبقا للقانون . وملكية الراهن للعقار كانت أهم عنصر جعلت الدائن يأمن إلى صحة التأمين العينى الذى تقرر لمصلحته ودفعه إلى منح المدين الائتمان المتفق عليه .

فإذا كان الراهن غير مالك ، وهو الأمر الذى يسهل على الدائن تبينه ، فإنه لا يلومن إلا نفسه إذا منح ائتمانه لراهن لملك الغير . وعدم نفاذ مثل هذا الرهن فى مواجهة المالك الحقيقى ليس من شأنه على الإطلاق المساس بالائتمان .

واشتراط ملكية الراهن للعقار وقت الرهن يستوجب أن يكون من شأن السند الذى بيد الراهن ، أن يجعله مالكا طبقا لأحكام القانون . ومن ثم فإن كان السند عقدا باطلا بطلانا مطلقا فإنه لايجعل من الراهن مالكا على الإطلاق . فالبطلان المطلق لايرتب أى أثر قبل القضاء بالبطلان وبعده . ويجوز لكل ذى مصلحة التمسك بالبطلان كما أن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . كما أن الدائن المرتهن الذى يمنح الائتمان لمن كان سند ملكيته باطلا بطلانا مطلقا يرتكب خطأ فى حق نفسه ولا يمكن أن يدفع ثمنه المالك الحقيقى ، فينقضى الرهن إذا كان سند الملكية قد بطل لانعدام الأهلية أو لعدم توافر الشكل أو لعدم مشروعية المحل أو السبب .

وكذلك الشأن إذا كان سند الراهن مزورا او عقدا صحيحا ولكن لم يسجل .

وينطبق حكم المادة إذا كان عقد المالك قابلا للإبطال ، فالعقد القابل للإبطال هو عقد صحيح فى الحال ومرتب لكل آثاره ، ولكن مصيره مزعزع فإن قضى بالبطلان زال بأثر رجعى .

ولايلزم أن يكون سند الملكية عقدا بل يمكن أن يكون تصرفا انفراديا مثل الوصية . فإذا كان الرهن صادرا من الموصى إليه بما يزيد على ثلث التركة وأبطلت الوصية فى الزيادة وكانت العين مرهونة فإن الرهن يظل مثقلا للجزء الذى أبطل من الوصية [1].

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص١٩٥ ومابعدها – توفيق حسن فرج ص ١١٩.

الشرط الثانى :

أن يكون الدائن المرتهن حسن النية :

يجب أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن .

ويعتبر الدائن المرتهن سئ النية إذا كان يعلم وقت إبرام الرهن ، أو كان فى مقدوره أن يعلم أن ملكية الراهن للعين المرهونة مهددة بالزوال بأى سبب وهذا يقتضى من الدائن المرتهن أن يبذل ما ينبغى من عناية لكشف السبب الذى يترتب عليه زوال الملكية بأثر رجعى [1].

ويجب أن تتوافر حسن النية وقت إبرام الرهن . فإذا علم المرتهن بعد الرهن بما يهدد سند الراهن بالزوال فلا تأثير له .

وتطبيقاً للقواعد العامة ، فإن الأصل أن حسن النية يفترض فى الدائن المرتهن حتى يقوم الدليل على العكس .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" حسن النية الذى تقتضيه الحماية التى أضفاها المشرع فى المادة ١٠٣٤ من القانون المدنى على الدائن المرتهن فى حالة إبطال أو فسخ سند ملكية الراهن ينتفى متى كان هذا الدائن يعلم وقت إبرام الرهن أو كان فى مقدوره أن يعلم بأن ملكية الراهن

---

(١) سليمان مرقس ص ٩٥ ومابعدها .

للعين المرهونة مهددة بالزوال لأى سبب من الأسباب . واستخلاص قاضى الموضوع لسوء النية لايخضع لرقابة محكمة النقض إلا من جهة مطابقته للتعريف القانونى لسوء النية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من تضمين عقد البيع المسجل – سند ملكية الراهن – وجود باق من الثمن قدره أربعة آلاف من الجنيهات لم يدفع وأن البنك المرتهن كان فى مكنته أن يعلم بأن هذا العقد مهدد بالزوال عن طريق الفسخ إذا ما تخلف المشترى (الراهن) عن الوفاء بهذا المبلغ وأنه لذلك يعتبر البنك سئ النية غير جدير بالحماية المقررة فى المادة ١٠٣٤ من القانون المدنى ، فإن الحكم يكون قد أقام استخلاصه لسوء نية البنك المرتهن على أسباب من شأنها أن تؤدى عقلا إلى ما انتهى إليه فى هذه الخصوص " .

(طعنان رقما ٥٢٣ ، ٥٢٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٢)

أما إذا رفع المدعى دعوى إزالة ملكية الراهن بأثر رجعى قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه وأشهر المدعى دعواه على هامش تسجيل سند ملكية الراهن . فإن المادة (١٥) من قانون الشهر العقارى تفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يعلم برفع الدعوى ، فإذا حكم فيها لمصلحة المدعى كـ

هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن . فتنص المادة ١٥ سالفة الذكر على أنه : " يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر . بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى " وتنص المادة ١٧ من ذات القانون بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه : " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ والتأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها .

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة .

ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول " . وعلى ذلك يتوقف الأمر على الوقت الذى قيد فيه حق الرهن الرسمى . فإذا كان هذا الوقت سابقا على التأشير بدعوى المدعى فى هامش تسجيل سند الراهن ، كان المفروض أصلا أن الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ، أى لايعلم بأن ملكية الراهن مهددة

بالزوال بأثر رجعى ، إلا إذا ثبت وجود سبب للشك فى هذا الأمـــر فعندئذ يكلف الدائن المرتهن بإثبات حسن نيته . أما إذا كان الوقـــت لاحقا لتأشير المدعى بدعواه فى هامش تسجيل سند الراهن . فـــإن هذه قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس بأن الدائن المرتهن يعلم برفع الدعوى . فإذا حكم فيها لصالح المدعى ، كان هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن [١].

الشرط الثالث :

زوال ملكية الراهن بأثر رجعى :

يشترط أن تزول ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعى .

ويجب أن يكون زوال الملكية بأثر رجعى بناء على ما يقـــرره القانون وليس بناء على اتفاق الأطراف . ففى الإقالة وهى التى تتم برضاء المتعاقدين بعد انعقاد العقد ينقضى العقد ويكون أثرها بمثابة الفسخ فى حق المتعاقدين . والفسخ يكون بأثر رجعى . ولكن الأثر الرجعى فى حالة الإقالة يكون نتيجة للاتفاق على الإقالـــة نفســـها . ولايصح أن يضار الدائن المرتهن بناء على اتفاق لاحـــق لإبـــرام الرهن . وبناء عليه فإن زوال العقد بالإقالة لا يمس بحقوق الـــدائن المرتهن الناشئة قبل الإقالة فيظل نافذا فى حق المالك أى البائع دون حاجة لإعمال المادة ١٠٣٤ .

---

(١) السنهورى ص ٢٥٦ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٩٨ ومابعدها .

فالدائن المرتهن المقصود بالحماية هو من كان يسرى فى حقه الأثر الرجعى الذى يقرره القانون لزوال الملكية لو لم يوجد نص المادة ١٠٣٤ مدنى .

وعبارة النص من العمومية بحيث يسرى حكمه متى أبطل أو زال سند الملكية أيا كان سبب كسب الملكية وأيا كانت طبيعة السند.

فقد تزول الملكية عن الراهن بتحقق الشرط الفاسخ الذى لم يعلمه الدائن المرتهن . وتنطبق فى هذه الحالة أحكام المادة ١٠٣٤. وإن كان يصعب تحقيق هذه الصورة بسبب توافر قواعد الشهر التى تؤدى إلى عدم توافر شرط حسن النية .

وإذا كان الشرط قد ورد فى اتفاق لم يسجل فإنه لايحتج به فى مواجهة الدائن المرتهن (١).

وقد تزول الملكية عن الراهن أيضا بإبطال القسمة لعيب من عيوب الرضا أو نقص الأهلية أو فسخها للغبن ، وكذلك تزول فى الهبة برجوع الواهب فى هبته .

١٢٤- أثر توافر شروط المادة (١٠٣٤) :

إذا توافرت الشروط الثلاثة التى ذكرناها بالبند السابق ، عاد العقار إلى مالكه الأول محملا بالرهن ودون أى رضاء من جانبه .

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ١٩٨ .

غير أنه يجب اعتبار المالك الحقيقى للعقار ؛ لا الشخص الــذى صدر منه الرهن هو الراهن . والذى يتخذ الدائن المــرتهن ضــده إجراءات نزع الملكية أو يستمر فى اتخاذها إذا كان قد بــدأ هــذه الإجراءات فى مواجهة من صدر منه الرهن[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويلاحظ فى هذا الصدد أن الشخص قد يجد عقــاره مرهونــا فىدين ليس فى ذمته . ويتدرج مركز هذا المالك من شــخص هــو الذى رتب الرهن ، وهذا هو الكفيل العينى ، إلى شخص لم يرتــب الرهن ولكن الرهن نشأ والعقار فى ملكيته . وهذا هو مركز المالك الذى يسرى فى حقه الرهن الصادر من غير مالك كما فى الفرض المتقدم ، إلى شخص لم يرتب الرهن ولم ينشأ الرهن والعقار فــى ملكيته بل انتقلت إليه ملكية العقار وهو مرهون ، وهذا هو الحــائز للعقار . ويحسن تمييز هذه الحالات بعضها عن بعض ، فقد تختلف الأحكام التى تطبق فى كل حالة "[٢].

---

(١) أحمد سلامه ص ١٥٥ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٧ ص ٢٠- وكانت المــادة (١٤٤١) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٠٣٤) مدنى تتضمن فقــرة ثانية تنص على أن : " ويكون صحيحا كذلك الرهن الصادر من غيــر المالك ، إذا ثبت أن الراهن كان وقت الرهن حائزا للعقار المرهون منذ

....

خمس سنوات ، على أن يثبت الدائن المرتهن أن لديه أسـبابا معقولـة كانت تجعله يعتقد أن الراهن مالك للعقار المرهون " .

إلا أن لجنة المراجعة حذفت الفقرة المذكورة لأن حكمها متطرف فـى مخالفة القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٩ ومابعدها) .

مادة (١٠٣٥)

١- لايجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

٢- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى ، وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلا .

الشرح

١٢٥١- وجوب ورود الرهن الرسمى على عقار :

تنص المادة على أنه لايجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

فالرهن الرسمى لايقع إلا على العقار أما المنقول استقلالا فلا يكون محلا للرهن الرسمى .

وقد عرفت المادة (٨٣) مدنى المال العقارى بأنه كل حق عينى يقع على عقار بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار .

ونصت المادة (٨٢) مدنى على أن كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول .

ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصداعلى خدمة هذا العقار أو استغلاله .

ويلاحظ أن المادة (١٠٣٥) إذ نصت على أنه لايجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار ، إنما قصدت أنه لايرد إلا على مال عقارى ، لأن الرهن لايرد على الأشياء فى ذاتها ، بل على الحقوق المقررة عليها سواء كانت تلك الحقوق حقوق ملكية أو حقوق ارتفاق أو بعبارة أدق على قيمة هذه الحقوق المالية [1].

والسبب فى اشتراط هذا الشرط أن المنقولات لاتخضع لنظام الشهر عن طريق القيد فى الدفاتر الرسمية ، نظرا لكثرتها وتماثلها وسرعة انتقالها من يد إلى يد ومن مكان إلى مكان . هذا فضلا عن أن الرهن الرسمى لايسلب المدين حيازة الشئ المرهون ، ولو بقى المنقول المرهون فى يده لكان من السهل عليه أن يتصرف فيه تصرفا يضر بحق الدائن المرتهن . لهذا لم يجز رهن المنقولات إلا رهنا حيازيا تنتقل فيه الحيازة إلى الدائن المرتهن أو عدل ينوب عنه . فيكون هذا الانتقال من ناحية شهرا للرهن ، ويكون من ناحية أخرى ضمانا يحول دون تصرف المدين فى الشئ وتسليمه إلى الغير إضرارا بحقوق الدائن المرتهن

وأى عقار بطبيعته يجوز رهنه ، سواء أكان أرضا أم بناء .

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٥ ومابعدها .

ويجوز أن يرهن البناء مع الأرض أو مستقلا عنهـا ، وسـواء أكـان البناء مملوكا لصـاحب الأرض أم مملوكا للغير كما سنرى (م١٠٣٨ مدنى) .

وإذا كان العقار مقررا عليه حق انتفاع جاز رهن الرقبـة مـن جانب مالكها . وعندئذ تكون الرقبة وحدها هى المرهونة .

فإذا انقضى الانتفاع وعاد إلى مالك الرقبة امتد الرهن إليه على اعتبار أنه من توابع الرقبة ومصيره النهائى إليها .

كما يجوز أيضا للمنتفع أن يرهن حق الانتفاع متى كان مقـررا على عقار . ويتبع الرهن الانتفاع فـى مصـيره . فهـو ينقضـى بانقضاء أجله أو بموت المنتفع . ولذلك كان رهن الانتفاع نـادرا . ولكن إذا انقضى الانتفاع بحكم القضاء بسبب إساءة المنتفع استعمال الشئ ، فإن ذلك لايخل بحق المرتهن ، فيعود الانتفاع إلـى مالـك الرقبة محملا بالرهن (م ٢/٩٨٨) . ويجوز عندئذ للدائن المـرتهن أن يحجز على الانتفاع وبيعه بالمزاد واقتضاء حقه من ثمنه .

وكذلك إذا انقضى حق الانتفاع بالنزول عنه لمالك الرقبـ يضر هذا النزول بالرهن الذى قرره المنتفع قبل تسجيل النزول .

كذلك إذا انقضى الانتفاع باتحاد الذمة فإن الرهن لاينقضـى . فإذا رهن المنتفع حقه ثم آلت إليه الرقبة ، فإن هذا لايؤثر على حق الدائن المرتهن رغم أن الانتفاع يكون قد انقضى فى هذه الحالة لأن العقار أصبح مملوكا ملكية تامة للراهن .

وللمحتكر على العقار حق عيني يجوز رهنه رهنا رسميا . كما أنه يملك ما ينشئه من بناء أو غراس في الأرض المحكرة ، ومن ثم يصح له أن يرهنه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م١٠٠٢) [١].

١٢٦ـ الأصل عدم جواز رهن الأموال المنقولة :

رأينا أنه لايجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار . ومن ثم فإن الأصل أنه لايجوز رهن الأموال المنقولة رهنا رسميا فإذا رهنت وقع رهنها باطلا لوروده على محل غير صالح له قانونا .

ويستوى أن تكون الأموال المنقولة حقوقا عينية واردة على أشياء منقولة كملكية ساعة أو سيارة أم كانت حقوقا شخصية أيا كان محلها ، أى سواء كان محلها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شئ ولو كان ذلك الشئ عقارا .

وتطبيقا لذلك لايجوز رهن الديون رهنا رسميا لأنها حقوق شخصية وبالتالى أموال منقولة . ولا رهن حق المستأجر لأنه حق شخصى ولو كان الشئ المؤجر عقارا ، ولا رهن حق المستحق فى وقف لأن حقه حق شخصى بالرغم من أن المال الموقوف عقار .

١٢٧ـ رهن بعض المنقولات استثناء :

رأينا أن المادة (١٠٣٥) نصت فى فقرتها الأولى على أنه لايجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار مالم يوجد نص

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص٢٣ ومابعدها – سليمان مرقس ص٣٥ ومابعدها .

يقضى بغير ذلك . ومفاد هذا أنه يجوز بنص خاص إجازة رهن المنقول رهنا رسميا .

ومن أمثلة ذلك فى القانون ما يأتى :

١- رهن المحل التجارى :

فقد أجاز القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ رهن المحل التجارى . وجاء تنظيم رهن المحل التجارى على غرار الرهن الرسمى ، فتبقى حيازة المحل للراهن ، ويشهر العقد فى سجل يخصص لهذا الغرض فى مكتب السجل التجارى بالمحافظة الكائن بدائرتها المحل.

٢- رهن السفينة :

أجاز قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ رهن السفينة إذ تنص المادة ٤١ منه على أن لاينعقد رهن السفينة إلا بعقد رسمى .

وعلى غرار نظام رهن السفن البحرية عرف نظام رهن السفن النهرية[١] .

١٢٨ـ وجوب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى :

اشترطت المادة فى العقار المرهون أن يكون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى :

(١) السنهورى ص ٢٧٩ .

والجوهرى فى هذا الشرط هو وجوب أن يكون العقار مما يصح بيعه بالمزاد العلنى ، ذلك أن العقارات التى لايصح التعامل فيها لايجوز أن تكون محلا لأى تعامل ، فلا ينفرد الرهن باشتراط أن يكون محله مما يصح التعامل فيه .

ويعزى اشتراط أن يكون العقار مما يصح بيعه بالمزاد العلنى ، أن الغرض الأساسى من الرهن ، تمكين الدائن المرتهن من التنفيذ بالحجز على العقار المرهون استيفاء لحقه من ثمنه فى حالة عدم وفاء المدين بدينه، فإذا كان العقار مما لايصح بيعه بالمزاد العلنى ، فلا فائدة من إجازة رهنه .

والراجح أنه يقصد باشتراط أن يكون العقار مما يصح بيعه بالمزاد العلنى ، أن يكون من الممكن الحجز على هذا العقار وبيعه استقلالا ، أى دون ارتباط ببيع عقار آخر [١].

ويذهب بعض الشراح إلى أن أحد الشرطين كان يغنى عن الآخر ، لأن كل ما يجوز التعامل فيه ، يجوز بيعه بالمزاد العلنى ، والعكس صحيح أيضا [٢].

بينما ذهب البعض الآخر - بحق - إلى أنه وإن صح أن كل ما يمكن بيعه بالمزاد يدخل فى دائرة التعامل ، إلا أن العكس غير

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٢ - توفيق حسن فرج ص ١٠٩ .
(٢) سمير عبد السيد تناغو ص ١٧٥ .

صحيح ، فهناك أشياء تدخل فى دائرة التعامل ومع ذلك لايمكن بيعها بالمزاد كحق الارتفاق [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يجب أن يكون المال الذى أصبح رهنه رهنا رسميا عقارا يجوز التعامل فيه ، فلا يجوز رهن الوقف ، كذلك يجب أن يكون جائزا بيعه فى المزاد العلنى ، فلا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه "[٢].

وعلى ذلك إذا كان العقار غير قابل للتعامل فيه فإنه لايجوز رهنه ومثل ذلك :

١- العقارات المملوكة للدولة أو أى شخص اعتبارى عام والتى تكون مخصصة للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون والعقارات الموقوفة .

أما أملاك الدولة الخاصة فلئن كان يجوز التصرف فيها فإن المقرر عدم إمكان الحجز عليها لما هو معلوم من أن الدولة موثوق بيسارها فضلا عن تعارض الحجز والبيع مع قواعد الميزانية والحسابات العامة . ويترتب على ذلك عدم إمكان رهنها رسميا[٣].

---

(١) أحمد سلامه ص ١٣٢ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٢٢ .
(٣) سليمان مرقس ص ٢٥٩ .

٢- حقوق الارتفاق مستقلة عن العقارات المقررة لفائدتها لأنــه لايصح بيع تلك الحقوق مستقلة عن هذه العقارات[1] .

٣- رهن حق الاستعمال وحق السـكنى ، لأن هــذه الحقــوق لايصح بيعها مستقلة عن هذه العقارات [2].

٤- رهن الحقوق العينية التبعية مستقلة عــن الالتــزام الــذى تضمن الوفاء به ، لأنه لايمكن بيعها مستقلة عن هذا الالتزام ، بــل هى لاتوجد أصلا ما لم تستند إلى هذا الالتزام . وعلى ذلك لايصح رهن الرهن الرسمى أو حق الاختصاص أو حق الرهن الحيــازى أو حقوق الامتياز . ولكن إذا رهن الالتزام المضمون رهنا حيازيا ، كان للمرتهن أن يستفيد من الرهن الضامن له [3].

٥- العقار المحمل بشرط يمنع مالكه من التصرف فيــه . فقــد يحول هذا الشرط دون جواز رهنه . وذلك إذا كان بيع العقــارات بالمزاد العلنى يفوت الغرض المقصود من الشرط ، كما لــو كــان المنع مقصودا به تحقيق مصلحة للشخص الممنوع من التصــرف؛ إما إذا كان المقصود من شرط المنع من التصرف هــو مصــلحة

---

(١) السنهورى ص ٢٨٠- محمد لبيب شنب ص ٣٢ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٩٧- محمد لبيب شنب ص ٣٢ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٩٧- السنهورى ص ٢٨٠- حسام الــدين الأهوانى ص ٩٨ ومابعدها .

المشترط كالبائع الذى يشترط على المشترى عدم التصرف فى البيع حتى يتم الوفاء بكل الثمن ، فإن الشرط لايمنع من رهن هذا المبيع ، لأنه إذا حجز الدائن المرتهن على العقار المبيع فإن البائع يستوفى حقه من الثمن من البيع الجبرى بالأولوية على المرتهن بما له من حق امتياز [١].

ويلاحظ أن القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ الخاص بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية فى حدود خمسة أفدنة لايجيز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية التى يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأطيان إلا خمسة أفدنة ، أو أقل .

ومن الواضح أنه رغم هذا الحظر يجوز الرهن إذ من الجائز ألا يتمسك المدين بنص القانون ، كما يجوز أن تؤول إليه أملاك أخرى عند إجراء التنفيذ فتزيد ملكيته على خمسة أفدنة ، أو يتصرف فى العقار فتؤول ملكية الأرض إلى حائز ينفذ الدائن فى مواجهته ، وفى كل هذه الحالات لاينطبق الحظر فيستفيد الدائن المرتهن من الرهن ، ومن ثم يلزم القول بصحة الرهن [٢].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٢ ومابعدها – حسام الدين الأهوانى ص ١١٣ ومابعدها – سمير عبد السيد تناغوص ١٧٥ ومابعدها .

(٢) سمير تناغو ص ١٧٧ .

١٢٩ـ وجوب أن يكون العقار معينا تعيينا دقيقا (مبدأ تخصيص الرهن) :

بعد أن أوجبت المادة أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى أوجبت كذلك أن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أوفى عقد رسمى لاحق وإلا وقع الرهن باطلا .

ويجرى تخصيص العقار المرهون بوصف العقار وصفا دقيقا من حيث طبيعته ومن حيث موقعه ، وذلك فى عقد الرهن الرسمى أو فى عقد رسمى لاحق . فيذكر فيه مثلا ما إذا كان المرهون أرضا زراعية أو أرضا من أراضى البناء (طبيعة العقار) ويذكر بالنسبة للأولى اسم البلد واسم الحوض ورقم القطعة وحدودها ، ويذكر بالنسبة للثانية اسم الشارع ورقم المرهون فى الشارع فضلا عن اسم البلد والحى .

وبيان ما إذا كان التخصيص كافيا أو غير كاف متروك لقاضى الموضوع .

وشرط التخصيص هو شرط شكلى يقوم ويكمل الشرط الموضوعى فى تعيين محل العقد . ولكن هذا لايغنى عن ذاك[١] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٧٠ ومابعدها – توفيق حسن فرج ص ١٩ ومابعدها .

ومن الواضح أن المشرع يتشدد فى تعيين محل الرهن بحيث يكون محددا تحديدا دقيقا منذ البداية ، خلافا لما تقضى به القواعد العامة من أنه يكفى أن يكون المحل قابلا للتعيين .

ذلك أن الرهن يجب أن يخصص بمحل معين بذاته منذ تقريره ، كما يجب أن يكون مقصورا على ضمان دين معين بالذات ومحدد المقدار ، وهذا هو ما يعرف بتخصيص الرهن ، وإلا كان باطلا .

ويهدف المشرع من وراء تخصيص الرهن إلى حماية الراهن حتى يقدم من عقاراته ما يكفى لضمان الدين ، ويحتفظ بالباقى من أمواله خاليا من الرهن ، فيستطيع الاقتراض عليها بسهولة إذا لزم الأمر ، كما يرمى إلى حماية من يتعاملون مع الراهن فيما بعد بتمكينهم من معرفة حقيقة مركز عقاراته ، وما يثقل كل منها من ديون وما يمكن أن تتحمله بعد ذلك .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتقتضى قاعدة تخصيص الرهن أن يكون العقار المرهون معينا تعيينا دقيقا من حيث الطبيعة والموقع ، فإذا لم يرد فى العقد هذا التحديد أمكن تكملته فى ورقة لاحقة تكون هى أيضا رسمية ، وتعتبر ملحقا لعقد الرهن "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٢ .

مـادة (١٠٣٦)

يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ .

الشـرح

١٣٠ـ مشتملات الرهن :

يترتب على رهن العقار رهنا رسميا اعتبار ملحقاته مرهونة مثله فى نفس الدين وذلك دون حاجة إلى نص خاص فى العقد .

وليس هذا سوى مجرد تطبيق للمبدأ العام فى العقود من أن التعامل على شئ من الأشياء بالبيع أو الرهن أو الإيجار يشمل ملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله (مادتان ٤٣٢ ، ٥٦٦ مدنى) .

على أن طبيعة الرهن تتنافى مع أن يكون محله مالا منقولا . وعلى ذلك فالرهن لايشمل من ملحقات العقار المرهون إلا ما يعتبر عقارا .

ومن ناحية أخرى شمول الرهن للملحقات مبناه اتجاه إرادة المتعاقدين إلى ذلك، فإذا ثبت أن إرادتهما اتجهت فعلا إلى خلافه

وجب العمل باتفاقهما . وعبء إثبات قيام مثل هذا الاتفاق يقع على عاتق من يدعيه .

فإذا كانت الملحقات تعتبر من العقارات وتعود منفعتها على المالك فإن الرهن يشملها دون حاجة لنص خاص فى العقد طالما لم يتفق على خلاف ذلك وبشرط عدم الإضرار بحقوق الغير . ويستوى فى ذلك أن تكون هذه الملحقات قد وجدت وقت الرهن أو نشأت بعد قيامه ، وأن تكون من فعل الراهن أو غيره أو حصلت بغير تدخل شخص ما .

وإذا فقدت هذه الملحقات وصفها كعقار بالتخصيص وعادت لها صفتها كمنقولات فلا يشملها حق الدائن المرتهن وإن كان ينتقل على المبالغ التى قد تحل محلها .

كذلك لا يشمل الرهن الملحقات إلا إذا كانت منفعتها تعود على المالك ، فهو لايشمل المبانى المقامة عليه بمعرفة الغير طالما كانت ملكيتها لهذا الأخير .

وأخيرا فإن شمول الرهن للملحقات لا يضر بحقوق الغير كامتياز المقاولين والمهندسين المعماريين وامتياز بائع المنقول والتعويض الواجب لمن قام بإنشاء الملحقات بأمواله الخاصة .

والملحقات التى نصت عليها المادة (١٠٣٦) هى حقوق الارتفاق ، والعقارات بالتخصيص ، والتحسينات والإنشاءات .

ومن الواضح أن ذكر هذه الملحقات لم يرد على سبيل الحصر ذلك أن المادة تقضى بأن : " ... ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص ... الخ " .

فتشمل أيضا على سبيل المثال حق الانتفاع وحق الحكر .

كما سنرى أن المادة (١٠٣٧) تنص على ملحقات أخرى هى الثمار والإيراد[١] .

ويجب مراعاة أن لإرادة المتعاقدين دورها فى تحديد ما يشمله الرهن ، إذ يكون لهما أن يتفقا على ذلك ، سواء فى عقد الرهن نفسه ، أم فى عقد لاحق ، بحيث يتعين ما يشمله الرهن تعيينا دقيقا نافيا للجهالة ، فإذا لم يتضح من إرادة الطرفين ما يشمل عليه الرهن ، سرت الأحكام الواردة فى المادة (١٠٣٦) ، وانصرف الرهن إلى العقار وملحقاته التى تعتبر عقارا ، فإذا لم تكن هذه الملحقات عقارا فلا تلحق به [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يلحق بالعقار فى الرهن ، فيكون مرهونا مثله فى نفس الدين، دون حاجة إلى ذكره فى العقد ، كل ما يكون من ملحقات العقار المرهون ويعتبر عقارا . مثل ذلك ما يكون للعقار المرهون من

---

(١) محمد على إمام ص ٢٦٤ ومابعدها .

(٢) توفيق حسن فرج ص ١١٢ – أحمد سلامه ص ١٧٧ ومابعدها .

حقوق الارتفاق ، ومثل ذلك أيضا العقارات بالتخصيص التى أعدها المالك لخدمة العقار ، سواء كانت معدة قبل الرهن أو أعدت بعده ، ومثل ذلك أخيرا ما أدخل على العقار ، ولو بعد الرهن ، من تحسينات مهما زادت فى قيمته ، وما أقيم من منشآت تعود بالمنفعة على المالك كما إذا أقام المالك على الأرض المرهونة بناء فإن الرهن يشمله مهما كان كبيرا ، كذلك لو أقام الغير بناء على أرض مرهونة، وملك الراهن البناء بالالتصاق ، فإن الرهن يشمل البناء . وتطبيقا لما تقدم إذا كان المرهون هو حق الرقبة ، ثم آل حق الانتفاع إلى المالك ، شمل الرهن حق الانتفاع باعتباره تابعا للرقبة ، مع مراعاة حقوق الغير كما لو كان حق الانتفاع نفسه مرهونا واشتراه مالك الرقبة المرهونة فإن الرهن على الرقبة يشمل حق الانتفاع ولكنه يتأخر عن الرهن الذى رتب على حق الانتفاع من قبل ، وكذلك الأمر فى ملحقات العقار المرهون إذا كان للغير حقوق عليها ، فإن الرهن الذى يمتد إلى هذه الملحقات لا يؤثر فى هذه الحقوق ، فلو اشترى مالك الأرض المرهونة مواشى لم يدفع ثمنها وخصصها لخدمة الأرض فإن الرهن يشملها ، ولكنه يتأخر عن امتياز بائع المواشى "[1] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٤ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تعتبر العقارات بالتخصيص وفقا لنص المادة ٦٨٨ من القانون المدنى المختلط داخلة ضمن الملحقات المشار إليها فى المادة المذكورة ، وتباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه . وإذن فمتى كان الطاعن بوصفه " مدعيا " هو المكلف بإثبات أن المنقولات موضوع النزاع لايشملها عقد الرهن الصادر منه ، فإنه كان لزاما عليه هو أن يقدم هذا العقد إلى محكمة الموضوع فى سبيل إثبات دعواه ، وإذ هو لم يفعل فلا يقبل منه النعى عليها بالخطأ فى تطبيق المادة المشار إليها " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١/١٤)

غير أنه لايترتب على شمول الرهن المنقول باعتباره عقارا بالتخصيص الإضرار بحقوق الغير المترتبة على المنقول . وعلى الأخص امتياز بائع المنقول الذى لا يزول لمجرد تخصيصه لخدمة العقار . وبناء على ذلك إذا اشترى مالك الأرض المرهونة مواشى لم يدفع ثمنها وخصصها لخدمتها فإن الرهن يشملها ، ولكن يتأخر عن امتياز بائع المواشى .

ونعرض فى البند التالى للمحلقات المنصوص عليها بالمادة .

١٣١ـ الملحقات المنصوص عليها بالمادة :

١- حقوق الارتفاق :

يشمل الرهن حقوق الارتفاق الإيجابية المقررة لخدمة العقار المرهون . وهذه الحقوق لايجوز رهنها استقلالا ، ولكن رهن العقار المخدوم يمتد إلى الحقوق المقررة لخدمته. ولا أهمية لتاريخ نشأة حق الارتفاق ، فالرهن يمتد إليه سواء كان مقررا وقت نشأة الرهن أو تقرر بعد هذا التاريخ .

٢- العقارات بالتخصيص :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٨٢) مدنى على أنه يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار . وبناء على ذلك يعتبر المنقول الملحق بالعقار المرهون عقارا بالتخصيص إذا كان ملكا للراهن وخصصه هذا الأخير لخدمة العقار . ومتى اكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص فإنه يصبح من ملحقات العقار المرهون ويشمله الرهن. ومثل ذلك آلات الرى والحرث ، ومواشى الزراعة وآلات المصانع وآثاث الفنادق ، إذا كان ذلك كله مملوكا لصاحب العقار .

ويستوى أن تكون هذه الأشياء قد وجدت وقت الرهن أو ألحقت به بعد ذلك .

فإذا زال عن هذه العقارات صفتها عن طريق فصلها عن العقار والتصرف فيها استردت صفتها المنقولة وزال عنها الرهن .

على أنه يلاحظ أن الراهن لايجوز له أن يستعمل حقه فى فصل العقارات بالتخصيص إضرارا بالدائن المرتهن ، ولهذا الأخيـــر أن يعترض على تصرف الراهن وأن يمنعه من نقل المنقـــولات مـــن العقار طالما أنها لم تنقل فعلا ، بل هو يستطيع فى حالة نقلهـــا أن يلزمه بإعادتها إليه فتعود لها صفتها كعقارات بالتخصيص يشـــملها الرهن ما لم يصطدم حق الدائن في ذلك مع حق الحائز حسن النية الذى يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

وبناء على ذلك إذا بيع المنقـــول المخصـــص لخدمـــة العقـــار لشخص حسن النية يجهل حق الدائن المرتهن وسلم إليه فعلا ، فإن المشترى يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة فىالمنقول سند الملكية ، ولذلك لا يستطيع الدائن فى هذه الحالة المطالبة بإعادة المنقول إلى العقار ، وكل ما له هو حق التقدم على الثمن .

فإذا كان المشترى سئ النية أو كان لم يتسلم المنقول أو كان قد سلم إليه دون أن ينقل فعلا من العقار المرهون كما إذا بيع لمستأجر العقار ، فإن حق الدائن المرتهن لا يتأثر بالاتفاق الـــذى تـــم بـــين الراهن والغير . كما أن المشترى لا يستطيع أن يتمســـك بقاعـــدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ولهذا يكون للدائن الحق فـــى أن يمنع خروج المنقول من العقار وأن يطالب بإعادته إليه إذا كان قـــد نقل منه . كذلك للدائن من باب أولى أن يطالب بإعادة المنقـــول إذا

كان الراهن قد رفعه من العقار وأبقاه تحت يده أو أجره أو أودعه أو أعاره إلى الغير [١].

٣- التحسينات والإنشاءات :

المقصود بهذا ما يلحق العقار المرهون من زيادة مادية بفعل الطبيعة ، أو الإنسان .

وهذه الزيادة تعود بمنفعة على المالك .

ومن أمثلة التحسينات بفعل الطبيعة ، أن تزيد مساحة الأرض المرهونة بتراكم طمى النيل إلى جوارها . ومن أمثلة التحسينات بفعل الإنسان أن يقوم مالك الأرض المرهونة بالبناء عليها أو بالزيادة فى البناء الموجود من قبل ، أو إقامة غراس عليها .

وينطبق هذا الحكم أيا كانت قيمة الإنشاءات ، ولو زادت قيمتها على قيمة العقار المرهون أصلا . فإذا بنى مالك الأرض المرهونة على هذه الأرض مبان تخطت قيمتها ثمن الأرض ، فإن حق الدائن يمتد إلى هذه المبانى .

أما الزيادة فى القيمة الاقتصادية للعقار المرهون ، نتيجة لتقلبات الحياة الاقتصادية فى المجتمع أو نتيجة لتنفيذ مشروعات عامة بجوار العقار المرهون ، كمشروعات الرى والصرف والكهرباء ، فإن الدائن يستفيد من هذه الزيادة فى القيمة الاقتصادية دون حاجة إلى نص [٢].

---

(١) محمد على إمام ص ٢٦٥ ومابعدها .

(٢) سمير عبد السيد تناغو ص ١٦٩ – عبد المنعم البدراوى ص ٥٢ .

ويشترط أن يكون مالك العقار المرهون هو مالك الإنشاءات الجديدة ، فإذا كان مالك الأرض قد أذن للغير فى إقامة مبان على أرضه وتملكها ، فإن الرهن الصادر من مالك الأرض لا يمتد إلى هذه المبانى . ومع ذلك عندما تعود ملكية المبانى إلى مالك الأرض فإن الرهن يمتد إليها فى هذه الحالة ، لتحقق شرط وحدة المالك .

وإذا رهن مالك الأرض أرضه ، وامتد الرهن بعد ذلك إلى المبانى التى أنشئت بعد الرهن ، فإن هذا لايعتبر رهنا لمال مستقبل بالنسبة للمبانى ، رغم أنها لم تكن موجودة وقت الرهن ، لأنها امتداد للعقار وهو نفسه كان موجودا وقت الرهن .

إلا أنه إذا كان مالك الأرض غير مالك المبانى ، وأراد مالك المبانى أن يرهنها قبل إنشائها فإن هذا يعتبر رهنا لمال مستقبل بالنسبة لهذه المبانى .

وحق الدائن المرتهن يمتد إلى الإنشاءات الجديدة ، بنفس مرتبة الرهن حتى ولو أقيمت هذه الإنشاءات بعد نشأة الرهن وقيده بفترة طويلة .

١٣٢ـ عدم الإخلال بامتياز المقاولين أو المهندسين المعماريين :

وإن كان الرهن يشمل ما يحدث فى العقار المرهون من التحسينات والإنشاءات ، كما ذكرنا سلفا ، إلا أن هذا الرهن لايخل بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة (١١٤٨ مدنى) .

وهذه المادة تنص - كما سنرى - على أن : " ١- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو فى صيانتها . يكون له امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه .

٢- ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد ". فإذ رهن شخص أرضا ثم لجأ إلى مقاول أو مهندس معمارى لتشييد منزل عليها ، فإن الرهن يشمل البناء ولكن يتقدم المقاول أو المهندس على المرتهن فى استيفائه للمبالغ المستحقة له . وذلك فى حدود ما يترتب على عمل المقاول أو المهندس من الزيادة فى قيمة العقار وقت بيعه بالمزاد (١).

(أنظر أيضا شرح المادة ١١٤٨) .

١٣٢ـ امتداد الرهن إلى ملحقات العقار قاعدة مفسرة لإرادة المتعاقدين :

القاعدة التى تقرر امتداد الرهن إلى ملحقات العقار وتوابعه ، أيا كانت هذه الملحقات والتوابع ، هى قاعدة مفسرة لإرادة المتعاقدين . ولذلك فلا يوجد ثمة ما يمنع من الاتفاق على عدم امتداد الرهن إلى ملحقات العقار أو بعضها .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٣٣ - سمير عبد السيد تناغو ص ١٧١ ومابعدها .

مادة (١٠٣٧)

يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن الثمار .

الشرح

١٣٤ـ الثمار والإيرادات :

الأصل أن الثمار لا تعتبر من ملحقات العقار المرهون ولا يتعلق بها حق الدائن المرتهن لسببين : **الأول** : أنها ليست عقارا أو حقا عقاريا . **الثانى** : أن الرهن الرسمى يبقى للراهن حيازة العقار المرهون وإدارته وقبض ثماره (م ١٠٤٤ مدنى) .

فالرهن لايسلب الراهن سلطته فى استعمال واستغلال العقار المرهون . فله أن يقبضها ويتصرف فيها – بعد قبضها – دون أن يكون للمرتهن حق تتبعها ما لم يتوافر فى التصرف شروط دعوى عدم نفاذ التصرف . بل له أن يتصرف فيها قبل قبضها شأن التصرف فى الثمار الطبيعية قائمة على أصولها وقطفها وشأن قبض الثمار المدنية بصفة معجلة قبل استحقاقها أو حوالة الحق فيها.

ومع ذلك فإن المشرع ألحق هذه الثمار بالعقار المرهون بما من شأنه تعلق حق الدائن المرتهن بها تعلقه بالعقار المرهون نفسه وبذات مرتبته ، من تاريخ البدء فى التنفيذ على العقار المرهون لبيعه بالمزاد العلنى .

ولئن ذكر النص الثمار بجانب الإيرادات مع أن الثانية صورة من الأولى . فالمقصود بالإيرادات إحدى صورتى الثمار وهى الثمار المدنية أى ما يغله العقار من دخل نقدى ، ومن ثم فلا تترتب من هذه الناحية أية نتيجة عملية فى التفرقة بين الثمار والإيرادات[1].

وتفسير إلحاق الثمار بالعقار المرهون من هذا التاريخ ، هو أنه إذا كان مرد ثبوت حق الراهن فى القبض والتصرف فى الثمار هو ملكيته وحيازته للعقار المرهون ، فإنه إذ يشرع الدائن المرتهن فى اتخاذ إجراءات تجريد الراهن من ملكيته للعقار تمهيدا للتنفيذ بحقه على ثمن المبيع ، فمن الطبيعى أن يمتد حق الدائن المرتهن من هذا الوقت إلى ثمار العقار المرهون وتغل يد الراهن فى خصوصها .

وعلى اعتبار أن بداية إجراءات التنفيذ على العقار المرهون قبل المالك الراهن ، تكون من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن الثمار تلحق بالعقار من هذا التاريخ ، سواء كانت الغراس والثمار موجودة وقت الرهن أو وجدت بعده وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. وعلى اعتبار أن التنفيذ على العقار المرهون قبل الحائز (م١٠٦٠ مدنى) يقضى إنذاره بالدفع أو التخلية ، فإن الثمار تلحق بالعقار

---

(١) أحمد سلامه ص ١٨٠ ومابعدها .

المرهون فى هذه الحالة من هذا التاريخ فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات ، فلا يرد الحائز الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد . حيث ورد نص المادة (١٠٧٩ مدنى) بأنه : " على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية . فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد " . كما ورد بالمادة ٤١١ مرافعات ما نصه : " إذا كان العقار مثقلا بتأمين عينى وآل إلى الحائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار وإلا جرى التنفيذ فى مواجهته .

ويجب أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إليه وإلا كان باطلا .

ويترتب على إعلان الإنذار فى حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها فى المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ مرافعات .

وحيث تلحق الثمار بالعقار المرهون من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية أو الإنذار بالدفع أو التخلية بحسب الأحوال- على التفصيل السابق – يتعلق حق الدائن المرتهن بهذه الثمار تعلقه بالعقار المرهون ذاته وبذات مرتبته ، بحيث يجرى فى توزيع ثمنها ما يجرى فى توزيع ثمن العقار المرهون .

وإلحاق الثمار بالعقار المرهون على هذا النحو يتم بالنسبة

لجميع أنواع الثمار سواء كانت مدنية كإيرادات العقار أو مادية شأن الثمار الطبيعية الناتجة بفعل الطبيعة كالكلأ ونتاج الحيوان وشأن الثمار المستحدثة بفعل الإنسان كالمحصولات الزراعية .

وعلى اعتبار أن الثمار المدنية تعتبر مقبوضة يوما فيوما (م٢/٩٧٨ مدنى) فإن ما يلحق منها بالعقار هو ما يستحق منها عن المدة التالية لتسجيل التنبيه أو الإنذار بالدفع أو التخلية إلى وقت رسو مزاد العقار المرهون . أما ما يستحق منها عن المدة السابقة على هذا التاريخ فإنها تكون من حق صاحب العقار المرهون ولو لم يتم الوفاء بها إلا بعد تسجيل التنبيه أو الإنذار بالدفع أو التخلية[1].

ولكن ثار الخلاف بشأن الثمار الطبيعية (أو المستحدثة) والصناعية فقد ذهب رأى مرجوح إلى أن العبرة بالجنى ، فإذا كانت قد جنيت قبل التسجيل فإنها تخرج عن نطاق الرهن ، وإلا فهى تلحق بالعقار المرهون ولا عبرة بالمدة التى بقيت فيها هذه الثمار قائمة بالأرض قبل التسجيل وبعده . ذلك أن الثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر طبقا للقانون المدنى مقبوضة من يوم فصلها أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما [2].

---

(١) همام محمد زهران ص ٣٠٢ – عبد المنعم البدراوى ص ٥٣ ومابعدها.

(٢) الدكتور شفيق شحاته النظرية العامة للتأمين العينى الطبعة الثانية ١٩٥٣ ص ١١٠ .

ويذهب الرأى الراجح إلى أن ما يلحق بالعقار من الثمار الطبيعية هو الجزء المقابل للفترة التالية للتسجيل منسوبا إلى المدة المقررة لبقائها فى العقار ، فإذا كنا أمام ثمار طبيعية مما تمكث فى الأرض أربعة أشهر ، وتم نضجها وجنيها بعد شهر من تسجيل طلب الحجز فلا يسرى الإلحاق إلا على ربعها أما ما يقابل المدة الباقية فيقسم بين الدائنين دون تمييز فى شأنها للدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز [١].

ويستند هذا الرأى إلى أن المادة (١٠٣٧) تلحق بالعقار الثمار " عن المدة التى أعقبت التسجيل " وأن الرأى العكسى يؤدى إلى تفرقة لا مبرر لها بين الثمار المدنية والثمار الطبيعية أو المستحدثة وقد أيدت صياغة الفقرة الأولى من المادة ٤٠٦ من قانون المرافعات من أنه : " تلحق بالعقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه ، وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة " .

كما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يلحق أيضا بالعقار المرهون ، ويوزع ثمنه كما يوزع ثمن العقار ، الغلة عن المدة التى أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية .

---

(١) السنهورى ص ٢٩٠ – حسام الدين الأهوانى ص ١٢٣ – أحمد سلامه ص ١٨١ ومابعدها – سمير عبد السيد تناغو ص ١٧٤ – محمد على إمام ص ٢٧٠ .

ولكن يجب لإلحاق الثمار بالعقار اتخاذ إجراءات معينة كالتنبيه على مستأجر العقار بعدم دفع الأجرة (م ٥٤٦ ، ٦٢٤ مرافعـــات) أو الحجز على الثمار حجزا تنفيذيا أو على ثمنها تحت يد الغير . وإذا باع الراهن الثمار قبل تسجيل التنبيه ، ثم جنيت بعـــد التســـجيل ، فالعبرة بالبيع لا الجنى ، ولايلحق بالعقار من الثمار إلا بقدر المـــدة التى أعقبت التسجيل " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٧ .

مادة (١٠٣٨)

يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق .

الشرح

١٣٥- رهن المبانى المقامة على ملك الغير :

الأصل وفقا للقرينة النسبية المقررة بالمادة ٩٢٢ مدنى فى فقرتها الأولى ، أن مالك الأرض هو الذى أقام على نفقته ما عليها أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى فيكون مالكا لها بالإضافة إلى ذلك فإن إقامة الغير الدليل على أنه هو الذى أقام هذه المنشآت – على أرض الغير – على نفقته ، لا يكسبه بذاته ملكيتها– مالم يقم الدليل على أن مالك الأرض قد خوله إقامتها وتملكها (م٢/٩٢٢ مدنى) بل يتملكها صاحب الأرض بالالتصاق على اعتبار أنها من توابع وملحقات أرضه ، وتسوى علاقتها طبقا للأحكام الواردة فى المادتين (٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى) .

فإذا سلمنا بأن الغير الذى يبنى على أرض غيره لايعتبر مالكا للبناء الذى أقامه ، فإنه كان من الطبيعى أن ننتهى إلى عدم السماح له برهنه سواء لضمان دين عليه أو على غيره ، وإلا كان راهنا لملك الغير وتسرى عليه أحكامه (م١٠٣٣ مدنى) .

إلا أنه لما كانت قواعد الالتصاق غير متعلقة بالنظام العام ، إذ ورد بالفقرة الثانية من المادة (٩٢٢) أنه : " يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خول له الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها " .

ومن ثم فإذ رخص مالك الأرض للغير ، كالمستأجر أو صاحب الانتفاع بالبناء وبتملك ما يقيمه لأجل معين ، فإنه تثبت لهذا الغير – البانى – ملكية مؤقتة على هذا البناء ، ويحكم علاقتهما فى نهاية الأجل المحدد ما بينهما من اتفاق سواء اتفق على أيلولة المبنى لمالك الأرض بمقابل يحددونه أو بغير مقابل وفى حالة سكوتهما عن وضع تنظيم اتفاقى انطبق التنظيم الوارد فى المادة (٩٢٦).

وعلى ذلك فإن لمالك البناء خلال المرحلة السابقة على أيلولة ملكيته لمالك الأرض أن يرهنه ، وعندئذ تتحدد حقوق الدائن المرتهن بحقوق الراهن نفسه .

ومن ثم فالأمر يقتضى التمييز بين فرضين :

الفرض الأول : مصير الرهن خلال مدة بقاء الملكية المؤقتة للراهن .

الفرض الثانى : مصير الرهن بعد أيلولة ملكية المبانى لمالك الأرض .

وفى الفرض الأول نمييز بين حالتين :

الحالة الأول : التى يحل فيها أجل الدين والعقار مازال على ملكية الراهن ، وفيها ينفذ الدائن المرتهن بحقه على المبنى تحت يد الراهن ويقتضى حقه من ثمنه . وتنتقل ملكية المبنى بالمزاد العلني باعتبارها ملكية مؤقتة .

والحالة الثانية : تأخر حلول أجل الدين إلى ما بعد تصرف الراهن فى البناء المرهون .

وفى هذه الحالة ينفذ الدائن المرتهن بحقه قبل الحائز للعقار المرهون طبقا للقواعد المقررة (م ١٠٦٠ ومابعدها) .

الفرض الثانى : مصير الرهن بعد أيلولة المبنى لمالك الأرض :

ونقصد الحالة التى تنتهى فيها مدة الملكية المؤقتة للراهن قبل حلول أجل الدين أو قبل التنفيذ من جانب المرتهن ، كما لو انتهت مدة حق الانتفاع أو حق الإيجار الذى على أساسه تملك الراهن المبانى على أرض الغير . عندئذ يمتنع على الدائن المرتهن أن يتتبع البناء فى يد مالك الأرض كما يمتنع عليه أن يمنع أيلولة المبنى لصاحب الأرض ، لأن حقه قد تعلق بملكية مؤقتة وليس له حقوق أكثر مما للراهن نفسه . وإنما يتعلق حقه بما يثبت للراهن مقابلا لأيلولة ملكية البناء إلى صاحب الأرض بحسب اتفاقهما – الراهن وصاحب الأرض – أو من ثمن الأنقاض بحسب أحكام الالتصاق[1].

---

(١) همام محمد زهران ص ٣٢٤ ومابعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣١٤ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٩ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه

" إذا رهن المبانى صاحبها يقع الرهن عليها محددا بحقوقه ، فيبقى الرهن ما بقيت المبانى قائمة ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى صاحب الأرض ، فإذا انتقلت الملكية بالالتصاق انتقل الرهن إلى التعويض المستحق لصاحب المبانى ، وإذا نزعت المبانى فى الحالات التى يجوز فيها ذلك كان للمرتهن حق التقدم على ثمن الأنقاض .

وهذه حالة من حالات الحلول العينى التى نص عليها المشروع "(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٨ .

مـــادة (١٠٣٩)

١- يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعــه لعدم إمكان قسمته .

٢- وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل . ويعين هذا القدر بـــأمر على عريضة ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبـــين فيـــه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقـــت الـــذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر مـــن جميـــع الشـــركاء ولا بامتيـــاز المتقاسمين .

الشـــرح

رهـــن العقـــار المملوك على الشـــيوع :

١٣٦ـ الرهن الصادر من جميع الشركاء :

إذا صدر الرهن من جميع الملاك لعقار شائع أو من أغلبيـــتهم الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباعه ، وقع الرهن صـــحيحا أيـــا كانت نتيجة القسمة .

فإذا اختص كل شريك بحصة مفرزة تحملت الحصص جميعها بالرهن . وإذا وقع العقار كله فى نصيب واحد منهم فقط أو فى نصيب بعضهم دون الآخرين ، ظل الرهن نافذا أيضا ذلك أنه حينما قام الشركاء جميعا برهن العقار ، كان لكل منهم ملكية شائعة على العقار كله . ولهذا يظل تصرفهم صحيحا نظرا لصدوره ممن كانت له ولاية التصرف وقت إجرائه . ويظل الأمر هكذا حتى ولو آل العقار إلى نصيب واحد منهم أو بعضهم ، ولا يقال أن هذا يتنافى مع العدالة ، لأن من وقع العقار فى نصيبه قد رضى بالرهن ، وكان عليه أن يتوقع هذه النتيجة سلفا .

وإذا كان الرهن الصادر من جميع الشركاء على الشيوع يبقى نافذا على هذا النحو أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار ، فإنه يبقى نافذا كذلك فى حالة بيع العقار لعدم إمكان قسمته . فإذا بيع العقار لعدم إمكان قسمته ظل الرهن نافذا فى مواجهة من آلت إليه الملكية . ولا تثار فى هذا الصدد صعوبة ما لأننا نكون بصدد تصرف صادر من جميع الشركاء ترتب عليه نقل الملكية فيكون للدائن المرتهن أن يتتبع العقار فى يد من انتقلت إليه الملكية .

١٣٧ـ الرهن الصادر من أحد أو بعض الشركاء :

إذا قام أحد الشركاء أو بعضهم ممن لا يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع برهن العقار ، فإن حكم هذا الرهن يختلف فى حالة

رهن الشريك أو بعض الشركاء لحصة شائعة تعادل حصتهم ، وبين رهنهم لجزء مفرز من العقار الشائع أو لحصة شائعة تزيد على حصتهم .

(أ) رهن أحد الشركاء أو بعضهم لحصة شائعة :

إذا رهن أحد الشركاء أو بعضهم حصته شائعة فى العقار تعادل الحصة التى يملكونها ، فإن رهنهم يكون صحيحا ونافذا ، لأنهم يملكون هذه الحصة ملكا تاما ولهم أن يتصرفوا فيها بجميع أنواع التصرفات ومنها الرهن (م٨٢٦ مدنى) .

فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن وكان العقار لايزال شائعا ، كان للدائن المرتهن أن ينفذ على الحصة المرهونة وأن يبيعها بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات قانون المرافعات .

وتنتقل ملكية هذه الحصة إلى الراسى عليه المزاد بتسجيل حكم مرسى المزاد ، ويصبح هذا الشخص شريكا على الشيوع حالا بذلك محل الراهن . ولا يمكن لسائر الشركاء طلب تملك هذه الحصة بالشفعة حيث لايجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد وفقا لإجراءات رسمها القانون (٩٣٩ مدنى) .

أما إذا تمت القسمة قبل التنفيذ على الحصة الشائعة واختص الراهن أو الراهنون بجزء مفرز من العقار الشائع ، فإن الرهن يصبح واقعا على هذا الجزء المفرز ، فيتعين محله بهذا الجزء بعد

أن كان معينا بحصته – من العقار الشائع ، فلا يكون للدائن إلا التنفيذ على الجزء الذى اختص به الراهن أو الراهنون دون غيره من أجزاء العقار .

ولكن قد يحدث ألا يقع فى نصيب الراهن أو الراهنين عند القسمة أى جزء من العقار الشائع ، كما لو كان الراهن شريكا على الشيوع فى عقارين : أرض ومنزل ، فرهن أو رهنوا حصة فى الأرض ولكن القسمة لم تعطه شيئا من الأرض بل أعطته المنزل أو جزءا من هذا المنزل . فى هذه الحالة ينتقل الرهن من حصة الأرض إلى المنزل . فيحل هذا المنزل محل الأرض فى ترتب الرهن عليه حلولا عينيا . ونظرا لأن قيمة المنزل الذى آل إلى الراهن بالقسمة قد تزيد على قيمة الحصة الشائعة التى رهنها ، فقد أوجب القانون تعيين القدر الذى ينتقل إليه الرهن من ذلك العقار .

ويتم هذا التعيين بأمر على عريضة يصدره القاضى بناء على طلب الدائن المرتهن .

ولإعلام الغير بانتقال الرهن على النحو المتقدم ، أوجب القانون على الدائن المرتهن أن يجرى قيدا جديدا للرهن يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن . فإذا تم هذا القيد الجديد خلال تسعين يوما من وقت إخطار الدائن المرتهن بتسجيل القسمة ، فإن الرهن يظل محتفظا بمرتبته التى اكتسبها من تاريخ القيد الأول الوارد على الحصة الشائعة .

أما إذا تأخر الدائن المرتهن فى إجراء القيد الجديد عن موعد التسعين يوما فلا يكون للرهن مرتبة إلا من تاريخ القيد الجديد[١] .

على أن المادة نصت صراحة على ألا يضر انتقال الرهن على الوجه المتقدم برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين .

وعلى ذلك إذا رهن زيد حصته الشائعة فى أرض ، ثم اشترك مع شركائه فى رهن منزل يملكونه ملكية شائعة كذلك وتمت القسمة فاختص زيد بكل المنزل ولم يأخذ شيئا من الأرض ، فإن الرهن الوارد على حصة شائعة من الأرض ينتقل إلى المنزل ، ولكن مرتبته تكون متأخرة عن مرتبة رهن المنزل الصادر عن جميع الشركاء ولو قام الدائن المرتهن بعمل القيد الجديد خلال تسعين يوما من تاريخ إخطاره بتسجيل القسمة .

أما إذا أسفرت القسمة عن عدم وقوع أى جزء من العقار الشائع فى حصة الشريك الراهن وإنما خصص له منقول ، فقد ذهب رأى إلى أن الرهن ينتقل إلى هذا المنقول مع تحوله إلى رهن حيازى ؛ وتتحدد مرتبة الدائن حسب القيد الذى أجراه للرهن الرسمى ، ويكون له أن يطلب من القضاء إلزام الراهن بتسليمه العين ليحوزها ،

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٤٥ ومابعدها – توفيق حسن فرج ص ١٢٦ ومابعدها .

أو ليحوزها غيره ، ويكون له أن يبيعها فورا ليستوفى حقه من ثمنها إذا كان مستحق الأداء ، أو ينتظر حتى يصبح كذلك ، وهنا يحل المنقول محل العقار الذى كان مرهونا حلولا عينيا[١] .

بينما يذهب الرأى السائد إلى أن الدائن فى هذه الحالة يفقد حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع فى نصيب شريك لم يرهنه ، ولذلك لا ينتقل رهنه الرسمى إلى المنقول الذي وقع فى نصيب الشريك الراهن لأن المنقول لايصح أن يكون محلا للرهن الرسمى[٢].

وإذا وقع فى نصيب الشريك مبلغ من النقود ، فإن الدائن المرتهن يحتفظ بحق التقدم فى استيفاء حقه من هذا النقود [٣].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يجوز رهن العقار الشائع : فإذا رهن المالك نصيبه شائعا كان الرهن صحيحا ، حتى إذا أفرز النصيب الشائع بعد ذلك انتقل الرهن إلى النصيب المفرز "[٤].

---

(١) أحمد سلامه ص ١٦٦ . همام محمد زهران ص ٣٤١ .
(٢) السنهورى ص ٢٦٥ – حسام الدين الأهوانى ص ٢٢١ .
(٣) السنهورى ص ٢٦٥ – سمير عبد السيد تناغو ص ٢١٢ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٢٣ .
(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٣١ .

(ب) رهن أحد الشركاء أو بعضهم لجزء مفرز :

إذا رهن أحد الشركاء أو بعضهم جزءا مفرزا من العقار لاينفذ هذا الرهن فى مواجهة الشركاء الآخرين ، لأن حق كل منهم يتعلق بهذا الجزء ولا يختص الشريك أو الشركاء الراهنون دونهم بسلطة التصرف فيه ، فإذا كان المرتهن لايعلم بحالة الشيوع فله أن يطلب إبطال التصرف للغلط .

أما إذا كان يعلم بحالة الشيوع كان الرهن صحيحا لأنه صادر من مالك على أى حال ، ولكن يظل نفاذا موقوفا على حدوث القسمة .

فإذا كانت نتيجة القسمة وقوع الجزء المرهون فى نصيب الراهن أصبح الرهن نافذا فى مواجهته .

وإذا وقع الجزء المرهون فى نصيب شريك آخر لم ينفذ هذا الرهن فى مواجهته ومع ذلك إذا انتقل إلى الراهن بمقتضى القسمة مال آخر فإن هذا المال هو الذى يصبح مثقلا بالرهن بمقتضى فكرة الحلول العينى .

وهو ما نص عليه المشرع فى القواعد العامة للتصرف فى الملكية الشائعة فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى التى تجرى على أن : " إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى

المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة فله الحق فى إبطال التصرف " .

وقد طبق المشرع هذه القاعدة بنص خاص فى الرهن هو نص الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٩/٢) [١].

وهذا النص يوحد فى الحكم بين رهن الجزء المفرز ورهن الحصة الشائعة فى الفترة اللاحقة على القسمة من حيث تطبيق فكرة الحلول العينى .

وتنطبق الأحكام السابقة فى حالة قيام الشريك برهن كل العقار الشائع أو برهن حصة شائعة تزيد على حصته ، فلا ينفذ هذا الرهن فى مواجهة سائر الشركاء ويكون للدائن المرتهن أن يطلب إبطال الرهن للغلط إذا كان يجهل أن الراهن لايملك كل العقار الشائع أو أنه رهن ما يزيد على حصته[٢] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" كذلك لو رهن المالك وهو فى الشيوع جزءا مفرزا فوقع فى نصيبه بالقسمة أصبح الرهن باتا ، أما إذا لم يقع فى نصيبه فإن

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٢٠٩ وما بعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٢٦ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٢٦٦ – محمد لبيب شنب ص ٥١ .

الرهن ينتقل إلى جزء مفرز وقع فى نصيبه تعادل قيمته قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل . ويجب إذا انتقل الرهن إلى العقار المفرز الذى وقع فى نصيب الراهن ، أن يقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن ، ويكون إجراء هذا القيد الجديد فى خلال تسعين يوما من الوقت الذى يصله فيه إخطار بتسجيل القسمة من أى ذى شأن ، كشريك متقاسم أو دائن آخر أو الراهن نفسه ، ولايضر هذا القيد بامتياز المتقاسمين ، ويتبين مما تقدم أن المشروع لجأ إلى تطبيق مبدأ الحلول العينى فيسر كثيرا من أمر الرهن فى الشيوع ، ولم يقتصر على ذلك ، بل أضاف حكما آخر نقله عن التقنين الفرنسى ، فقرر أن الرهن إذا صدر من جميع الملاك على الشيوع كان صحيحا ، حتى لو وقع المال بعد ذلك فى نصيب واحد منهم أو بيع لأجنبى لعدم إمكان القسمة " [١].

١٣٨ـ رهن أحد الشركاء للعقار كله :

الراهن لايملك رهن العقار الشائع كله ، ولهذا فتصرفه يعتبر تخطيا لحدود سلطته فى التصرف . ومع ذلك فلا يعتبر هذا رهنا لملك الغير ، لأن الراهن يملك حصة شائعة فى هذا العقار ، غاية الأمر أن الرهن لاينفذ فى حق الشركاء الآخرين ويظل مصيره

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٣١ .

متوقفا على نتيجة القسمة . فإذا آل العقار كله للراهن زال كل عائق على نفاذ الرهن .

وإذا آل للراهن جزء مفرز من هذا العقار تركز على هذا الجزء. وإذا كان نصيب الراهن فى القسمة مبلغا من النقود كان للدائن المرتهن أن يباشر حقه فى الأفضلية على هذا المبلغ .

ويلاحظ أن الدائن المرتهن إذا كان لايعلم بأن الراهن غير مالك للعقار كله ملكية مفرزة فله أن يطلب إبطال العقد للغلط بمقتضى نص المادة (٢/٨٢٦ مدنى)[(١)] .

---

(١) سمير تناغو ص ٢١٣ .

مـــادة (١٠٤٠)

يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو ديـــن مستقبل أو دين احتمالى كما يجوز أن يترتـــب ضـــمانا لاعتمـــاد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد فى عقد الـــرهن مبلـــغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين .

الشـــرح

١٣٩ـ جـواز قيام الرهن ضمانا لدين معلـق علـى شـرط أو دين مستقبل أو احتمالى :

لا يلزم فى الالتزام المضمون بالرهن أن يكون التزاما منجزا ، بل من الجائز أن يكون موصوفا بشرط واقف أو فاسخ أو بأجل .

وفى حالة قيام الرهن ضمانا لدين معلق على شـــرط ، يـــرتبط مصير الرهن بمصير الالتزام الأصلى ، بمعنى أن نفـــاذه يتعلـــق بتحقق الشرط الواقف أو تخلف الشرط الفاسخ .

كذلك لايلزم أن يكون الالتزام المضمون موجودا فعلا عند قيام الرهن ، بل يصح أن يكون مجرد دين مستقبل أو احتمالى .

ومثل الدين المستقبل أن يكون الرهن ضمانا لاعتماد مفتـــوح أو لما يتم من مشتريات أو توريدات فى خلال فترة معينة أو فى حدود مبلغ معين . ومثال الدين الاحتمالى الحساب الجارى .

على أنه يلزم فى هذه الحالة تطبيقا لمبدأ تخصيص الرهن مـــن حيث الالتزام المضمون أن يحدد مبلغ الدين أو الحد الأقصى الـــذى

ينتهى إليه ، ولابد أن يرد هذا التحديد فى عقد الرهن ذاته أو فى ورقة رسمية لاحقة . فإذا تضمن الرهن تعيين الدين المستقبل أو الاحتمالى أو حده الأقصى تعيينا كافيا على هذا النحو كان العقار المرهون ضامنا له فى الحدود السابقة بغض النظر عن الوقت الذى تحقق فيه الدين . على أنه قد يتضمن العقد تحديد مدة ينشأ فيها الدين المستقبل أو الاحتمالى ، وفى هذه الحالة لا يضمن الرهن إلا ما ينشأ فى خلال المدة المعينة وبشرط ألا يتجاوز الحد الأقصى الوارد بالعقد .

وينطبق هذا الحكم حتى ولو اتفق الراهن والمرتهن على امتداد الميعاد المعين بالعقد ، إذ أن حقوق الغير لا تتأثر بمثل هذا الاتفاق[1].

وتحسب مرتبة الرهن أيا كان نوع الالتزام – كما سنرى – من وقت قيده ، حتى لو تم هذا القيد قبل تاريخ ثبوت الالتزام فى ذمة المدين شأن الالتزام المستقبل . على أن يكون مفهوما أن الدائن لن يستطيع أن يفيد مما تقرر له من رهن إلا بعد تحقق دينه .

(أنظر شرح المادة ١٠٥٧) .

---

(١) محمد على إمام ص ٢٧٢ ومابعدها – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٢٠٥ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يجب أن يكون الدين المضمون محددا تحديدا دقيقا ، وهذا هو الشرط الثانى من مبدأ تخصيص الرهن . علـى أن تحديـد الـدين لايمنع من أن يكون معلقا على شرط أو أن يكون دينا مسـتقبلا أو دينا احتماليا ، وتطبيقا لذلك يجوز أن يكون الدين اعتمادا مفتوحـا وهذا هو الدين المستقبل ، أوحسابا جاريا وهذا هو الدين الاحتمالى. ولكن يجب فى كل حال أن يتحدد مبلغ الدين المضمون ، فـإن لـم يمكن تحديده . وجب أن يعين حد أقصى ينتهى إليه "[١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" العبرة فى تكييف العقد هى بحقيقة الواقع وبالنيـة المشـتركة التى اتجهت إليها إرادة العاقدين . وإذ كان مؤدى ما حصله الحكـم الابتدائى الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه أن العقد الرسمى سـند التنفيذ هو عقد فتح اعتماد مضمون برهن عقـارى ، فإنـه يجـوز التنفيذ بمقتضاه على الوجه المبـين بالمـادة ٢/٤٦٠ مـن قـانون المرافعات السابق ، ومن شأن هذا العقد عدم التفرقة بين الرهن فى حد ذاته وبين الدين المكفول به ، ولا يغير من ذلك أن العقد معنون بأنه كفالة عقارية ، أو أن الشركة المرتهنة لـم تتعهـد صـراحة بالإقراض أو التوريد ، واحتفظت بحقها فى الامتناع عن ذلك وقتما

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٣ .

تشاء ، مادام أن العقد قاطع الدلالة فى أن هناك عمليــات ائتمــان صادفت محلها فعلا عند التعاقد ، ومن حق الشــركة المرتهنــة أن تتدبر موقفها المالى مستقبلا ".

(طعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

١٤٠ـ عدم جواز قيام الرهن ضمانا لالتزام طبيعى :

لايجوز أن يقوم الرهن ضمانا لالتزام طبيعى ، إذ هو يفتــرض وجود التزام يمكن للدائن أن يقتضيه جبرا على المدين وليس هــذا شأن الالتزام الطبيعى .

على أنه من الجائز أن يصدر من المدين تعهد ضمنى من جانبه بالوفاء بالالتزام الطبيعى ، ومن ثم يتحول إلى التزام مدنى . وقــد يستفاد ذلك من قيامه برهن عقاره ضــمانا لالتزامــه الطبيعــى . والرهن فى مثل هذه الحالة يصح باعتبار أن الدين المضمون هــو التزام مدنى ثابت فى ذمة المدين . وقد يكون مقدم الرهن هو الكفيل العينى الذى قصد بكفالته التعهد بحمل المدين على أن يحول التزامه من طبيعى إلى مدنى ، فضلا عن ضمان الوفاء به . ومن ثم فهــو يصبح مسئولا عن التزام مدنى يقوم فى ذمتــه بصــفة أصــلية ، ويصبح الرهن صحيحا على هذا الأساس [١].

---

(١) محمد على إمام ص ٢٧٣ ومابعدها .

مـادة (١٠٤١)

كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الـدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك .

الشرح

١٤١ـ عدم تجزئة الرهن :

حق الرهن لايتجزأ ، فكل جـزء مـن العقـار أو العقـارات المرهونة يضمن كل الدين ، كما أن كل جزء مـن الـدين يكـون مضمونا بالعقار أو العقارات المرهونة كلها .

ويترتب على قاعدة عدم تجزئة الرهن ، أنه إذا تصرف الراهن بعد قيد الرهن فى جزء من العقار المرهون ، فإن الأجزاء الباقيـة فى ملك الراهن تظل ضامنة لكل الدين ، كما أن الجزء المتصرف فيه يظل ضامنا لكل الدين ، وبالتالى يكون للدائن المرتهن أن يتتبع هذا الجزء نيفذ عليه تحت يد من اكتسب ملكيته (الحائز) .

كذلك فإن كل جزء من الدين يكون مضمونا بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، فإذا استوفى الدائن جزءا من دينه ، فـلا يترتـب على ذلك تحرير جزء من العقارات المرهونة من الرهن ، بل يبقى الرهن قائما على كل العقار أو العقارات المرهونة ضمانا للباقى من الدين(١).

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١١٣ – السنهورى ص ٢٩٨ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هناك نوع آخر من الارتباط ما بين العقار المرهون والدين المضمون ، مبنى على عدم التجزئة ، فإن الرهن لايتجزأ .

ولهذه القاعدة معنيان : فهى تعنى أولاً أن أى جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين ، فلو باع الراهن جزءا من العقار المرهون أو أحد العقارات المرهونة ، كان للدائن المرتهن أن يرجع بكل الدين على العقار المبيع فى يد الحائز ، ولا يقتصر على الجزء من الدين الذى يتناسب مع قيمة هذا العقار . وهى تعنى ثانيا أن أى جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون ، فلو وفى المدين الجزء الأكبر من الدين فإن كل العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقى ، ولا يتخلص من الرهن بنسبة ما وفى من الدين "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد ما تنص عليه المادة ١٠٤٠ من القانون المدنى من أن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك ، ذلك أن الرهن الرسمى على العقار حق غير قابل للتجزئة ، سواء بالنسبة إلى العقار

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٥ .

المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون ، فإذا انقضى جزء من هذا الدين بقى العقار المرهون ضامنا لما بقى من الدين ، فلا يخلص منه ما يقابل ما انقضى من الدين . لما كان ذلك ، فإنه يكون للبنك الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون بكل الدين أو بما بقى منه ، على أن يكون التنفيذ فى مواجهة المورث وشريكه فى الدين المضمون اللذين اشتريا العقار المرهون باعتبارهما مسئولين مسئولية شخصية عن الدين ، لا باعتبارهما حائزين للعقار ، لأنهما حلا محل البائع فى سداد الدين ويشترط فى الحائز طبقا لنص المادة ٢/١٠٦٠ من القانون المدنى ، أن يكون غير مسئول شخصيا عن الدين ، ولايحول دون ذلك أن يكوّن للتركة عند التنفيذ على العقار بكل الدين حق الرجوع على المدين الآخر بمقدار حصته فيه، لأن المعول عليه فى تحديد وعاء الضريبة فى التركات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– انشغال ذمة المتوفى بالدين قبل الدائن ، وليس بحصته فيه ، قبل باقى المدينين . وإذ انتهى الحكم إلى أن دين بنك الأراضى ، غير قابل للانقسام فى علاقة الدائن بالمورث وشريكه فى الدين المضمون ، ورتب على ذلك وجوب خصم الدين كله من أصول التركة ، فإنه لايكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٧٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٣/٧/١١)

١٤٢ـ قاعدة عدم تجزئة الرهن لا تتعلق بالنظام العام :

عدم قابلية الرهن للتجزئة إنما يرجع إلى مصلحة الدائن المرتهن ، فإذا لم توجد هذه المصلحة جازت تجزئة الرهن .

فهذه القاعدة إذن لا تتعلق بالنظام العام .

ولذلك فإنه يجوز استبعادها بنص القانون أو الاتفاق .

ومثال استبعادها بنص القانون ، حالة تطهير العقار المرهون (أنظر شرح المواد ١٠٦٤ – ١٠٧٠ مدنى) .

أما بالاتفاق ، فيجوز الاتفاق فى عقد الرهن الرسمى ذاته أو فى اتفاق لاحق على أن يكون الرهن قابلا للتجزئة ، بحيث ينحل الرهن عن العقار أو العقارات المرهونة بقدر ما ينقضى من الدين. ويصح هذا الاتفاق ولو تم قبل استيفاء الدائن المرتهن لشئ من حقه . فله أن يتنازل عنه كله أو بعضه اكتفاء بالضمان العام لمدينه ، فضلا عن أنه إذا كان للدائن المرتهن أن يبرأ مدينه فله من باب أولى أن يتنازل عما هو استيثاق وضمان للوفاء به لأن من يملك الأكثر يملك الأقل [1].

وهذا التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا والتنازل الصريح يتفق عليه وقت إنشاء العقد . أما التنازل الضمنى فإنه قد يبدو من سلوك

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٢٠٤ – توفيق حسن فرج ص ١٠١ .

الدائن بما يدل على قبوله تجزئة الرهن ، ويعتبر الدائن متنازلا عن الإفادة من هذه القاعدة متى قبل القائمة التى تبين مرتبته فى استيفاء الدين ولا تضعه إلا على أحد العقارات المرهونة لضـــمان الوفـــاء مجتمعة[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أن قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من النظام العام ، فقد يتفق المتعاقدان على تجزئته فى عقد الرهن نفسه أو بعد العقد ، وقد يقضى بتجزئته نص فى القانون ، كما هو الأمر فى تطهير العقـــار من الرهن "[٢] .

---

(١) توفيق حسن فرج ص ١٠٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٧ ص ٣٥ .

مــادة (١٠٤٢)

١- لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا لــه في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

٢- وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانــب تمســكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمســك بـــه مـــن أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نــزل عنــه المدين .

الشــــرح

١٤٣ـ ارتباط مصير الرهن بمصير الدين المضمون :

يرتبط مصير الرهن بمصير الدين المضمون . ويشارك الرهن في ذلك باقي الحقوق العينية التبعية .

فإذا كان العقد المنشئ للالتزام المضمون بالرهن صحيحا فــإن الرهن ينشأ صحيحا كذلك . أما إذا كان يشوبه سبب مـــن أســـباب البطلان أو الإبطال فإن مصير الرهن يكون هو نفس مصير العقد.

فإذا كان الدين المضمون صحيحا فإن الرهن يكون صحيحا أيا كان موضوع الالتزام المضمون أو مصدره ، فقد يكــون الالتــزام بمبلغ من النقود ناشئ عن عقد قرض ، وقد يكون الالتزام بالقيــام بعمل مثل ضمان قيام المقاول بعمله على أكمل وجه وقـــد يكـــون الالتزام بالامتناع عن عمل كما قد ينشأ الالتزام عن غيـــر العقـــد ،

والرهن يضمن الوفاء بالمبالغ التى يلتزم بها المدين فى الالتزامات السابقة .

ولو كان العقد المنشئ للالتزام المضمون باطلا لأى سبب كانعدام أهلية المدين ، أو عدم مشروعية المحل أو السبب أو عدم توافر الشكل فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا . ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وإذا بطل العقد بطل الرهن بالتالى .

وإذا كان العقد المنشئ للالتزام قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لعيب من عيوب الرضاء فيجوز لمن تقرر البطلان لمصلحته طلب البطلان فإذا أبطل بطل الرهن بالتبعية وإذا صحح العقد بالإجازة تأكدت صحة عقد الرهن .

ووحدة المصير تستلزم انقضاء الرهن بانقضاء الدين المضمون ، فالدين إذ ينقضى فإن الرهن يصبح بلا محل ومن ثم ينقضى بالتبعية(١).

ولكن يلاحظ أحيانا أن الرهن قد يبقى بالرغم من انقضاء الدين فقد نص المشرع على بقاء الرهن فى حالة الوفاء بالدين من غير المدين فى الحالات الواردة فى المادة ٣٢٦ مدنى ، وخول الموفى فى هذه الحالة أن يستخدم دعوى الحلول ويحل محل الدائن المرتهن

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٣١٢ – حسام الدين الأهوانى ص ١٥٨ ومابعدها .

حلولا قانونيا أو اختياريا (م٣٢٧) فيرجع على الراهن بدعوى الرهن التى حل فيها محل الدائن المرتهن (م ٣٢٩) .

وإذا اصطنع المدين دينا صوريا ورتب رهنا ضمانا له ، فيجوز للغير حسن النية أن يكشف بكافة الطرق حقيقة التصرف توصلا إلى اعتبار الرهن كأن لم يكن تطبيقا للقواعد العامة (م٢٤٤) .

وإذا انقضى الالتزام بالتجديد فإن الالتزام القديم ينقضى بتوابعه وتنصرف التوابع إلى الرهن بطبيعة الحال . ولاينتقل الرهن إلى الالتزام الجديد إلا بنص القانون أو إذا تبين أن النية قد انصرفت إلى ذلك وفى حالة انتقال الرهن إلى الالتزام الجديد فإن ذلك لاينفذ فى حق الغير إلا إذا كان الاتفاق على الانتقال قد تم وقت الاتفاق على التجديد وبشرط عدم الإضرار بالغير مع مراعاة قواعد التسجيل .

ومن مقتضى التبعية أنه فى حالة انتقال الدين المضمون فإن الرهن ينتقل معه ، فطبقا للمادة (٣٠٧) ينتقل الحق إلى المحال له بصفاته وتأميناته . كما أنه فى حالة حلول الموفى محل الدائن يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات . كما أن الرهن يتبع الحق إذا انتقل إلى الورثة بطريق الميراث أو إذا انتقل إلى الموصى لهم .

ولكن لاتمتد الصفة التبعية للرهن إلى طبيعة الرهن من حيث كونه حقا عقاريا دائما ، ولا يتأثر بطبيعة الدين فى هذا المجال .

فالرهن حق عقارى ولو كان ضامنا لدين أى حق شخصى حيث يعتبر منقولا .

وتبدو فى هذا المجال أهمية تكييف الرهن من حيث كونه حقا عينيا أم مجرد وصف للالتزام المضمون . فلو أخذنا بالرأى الأخير لكان يجب اعتباره ذا طابع منقول شأنه شأن الدين [١].

١٤٤ـ حق الكفيل فى التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين :

إذا كان الراهن غير المدين أى الكفيل العينى ، كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ويبقى له هذا الحق ولونزل عنه المدين ، لأن التمسك بها يثبت له باعتبارها حقا خاصا له يستخدمه باسمه ولحسابه توصلا للتخلص من التزامه بالضمان فبالنسبة لأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، فإنه إذا كان الدين قابلا للإبطال للغلط مثلا ، ونزل المدين عن التمسك بإبطال الدين ، فإن هذا النزول لايمنع الكفيل العينى من التمسك بإبطال الدين ، حتى يستطيع أن يبطل الرهن المعقود على العقار الذى قدمه . ولايوجد ما يمنع من أن يطبق فى شأن الكفيل العينى ما نص عليه المشرع فى شأن الكفيل الشخصى فى حالة إبرام الكفالة بسبب نقص الأهلية إذ يعتبر الكفيل العينى مدينا أصليا لايتأثر مركزه كراهنببطلان الالتزام (م٧٧٧ مدنى). وحالة علم الكفيل بنقص الأهلية وقت التعاقد (م٨٧٢) [٢] .

---

(١) حسام الدين كامل الأهوانى ص ١٦١ .

(٢) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٢١٤ .

أما بالنسبة لأوجه الدفع الخاصة بالكفيل العينى ، فله التمسك بالدفوع الخاصة به والمستمدة من عقد الرهن الذى أبرمه مع الدائن المرتهن رغم صحة الدين المضمون ، فيتخلص من الرهن الذى عقده مع بقاء المدين الأصلى ملتزما بالدين . ومثل ذلك تمسكه بأن عقد الرهن المبرم بينه وبين الدائن المرتهن باطل أو قابل للإبطال .

وقد ترجع الدفوع التى يتمسك بها الكفيل العينى إلى أوصاف التزامه بتقديم الرهن ، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ . فيتمسك بأن الرهن الذى عقده لم ينشأ لأنه كان معلقا على شرط واقف ولم يتحقق هذا الشرط أو كان معلقا على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط .

وكذلك قد ترجع الدفوع الخاصة بالكفيل العينى إلى أن الرهن قد انحل عن عقاره دون أن ينقضى الدين المضمون . وهو ما يتحقق إذا نزل الدائن المرتهن عن الرهن فينقضى دون أن يبرأ المدين من دينه [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الارتباط ما بين الرهن والدين المضمون هو ارتباط التابع بالمتبوع ، إذا كان الدين صحيحا صح الرهن ، وإلا فهو باطل ،

---

(١) السنهورى ص ٣٠٣ ومابعدها – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٢١٥ .

وإذا انقضى الدين انقضى الرهن تبعا له . كل هذا حتى ولو كـــان الراهن غير المدين ، فللكفيل العينى أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين من بطلان أو انقضاء حتى لو تنازل المدين عنها ، وهذا إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به "[١] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٧ ص ٣٧ .

(الفصل الثانى)
(آثار الرهن)
١ ـ أثر الرهن فيما بين المتعاقدين
بالنسبة إلى الراهن :
مـادة (١٠٤٣)

يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون ، وأى تصـرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن .

الشــرح
١٤٥ـ حق الراهن فى التصرف فى العقار المرهون :

الأصل أن للراهن كل أعمال التصرف فى العقار المرهون لأنه مالكه ، والتصرف من مميزات الملكية . بيد أنه يجب ألا يترتـب على عمل الراهن ضرر بالمرتهن ، فحقوق الراهن على العقار إنما تتقيد بما لا يضر المرتهن .

ويترتب على ذلك أنه يكون للـراهن أن يجـرى التصـرفات القانونية على العقار كأن يبيعه أو يهبه أو يقايض عليـه أو يقـرر عليه حق انتفاع أو ارتفاق أو يرهنه رهنا آخر .

ولدائنى الراهن أن يرتبوا على العقار حق اختصاص بل يجوز أن يترتب على العقار حق امتياز ، لأن كل ذلك لايضر المرتهن ،

إذ هذه التصرفات لا تؤثر فى حقه إذا كان قد سبق فى قيد رهنــه ، فله أن يتتبع العقار عندما يأتى وقت التنفيذ عليه فى أى يد وجد وله أن يطلب بيعه على اعتبار خلوه من التكاليف التى قررت عليه بعد الرهن .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لايفقد الراهن فى الرهن الرسمى ملكية العقار المرهــون ولا حيازته ولا حق التصرف فيه . فهو يســتطيع أن يبيــع العقــار أو يقايض عليه أو يهبه . ولكن الملكية تنتقل مثقلة بــالرهن ، مــادام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة . كذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حــق ارتفاق ، ولكن هذه الحقوق لاتنفذ قبل الدائن المرتهن ، وله أن ينفذ على العقار خاليا من هذه الحقوق .

ويستطيع الراهن أخيرا أن يرتب على العقار المرهــون حــق رهن آخر ، رسميا كان أو حيازيا ، كما يستطيع دائن له أن يأخــذ على العقار حق اختصاص ، بل يجوز أن يترتب على العقار حــق امتياز كما لو دخل فى أعيان قسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم ، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كل هذه الحقوق ... الخ "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٩ .

١٤٦ـ هل يجوز للراهن بيع العقار المرهون أجزاء متعددة إلى عدة مشترين ؟

ذهبت طائفة من الشراح إلى أنه لايجوز للراهن أن يبيع العقار المرهون أجزاء متعددة إلى عدة مشترين ، لأن هذا من شأنه أن يلزم الدائن المرتهن بمباشرة إجراءات التنفيذ فى مواجهة أشخاص متعددين لا شخص واحد ، وفى هذا مافيه من جهد ونفقة . وأنه إذا حدث ذلك كان للمرتهن الحق فى المطالبة بدينه فورا على اعتبار أن تصرف الراهن على هذا النحو يضعف من تأمينه ومن ثم يترتب عليه سقوط أجل دينه .

غير أن الرأى السائد بين الشراح أنه ليس للدائن أن يعترض على شئ من ذلك ، فالرهن لا يترتب عليه حرمان الراهن من التصرف .

والقول بالرأى الأول من شأنه تقييد غير مبرر لسلطة الراهن فى التصرف ، فيما لايلحق الضرر بحق المرتهن فى الضمان ، وهو ما يتأيد بنظرية عدم جواز التعسف فى استعمال الحق (٥/٢ مدنى) بما تؤدى إليه من تغليب المصلحة الراجحة على المصالح القليلة الأهمية . فضلا عن أن إجراءات التتبع تعد من مستلزمات الحق فى الرهن التى لايجوز للمرتهن أن يتضرر منها [١].

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٢٩٦ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١٢٦ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٧٤ .

١٤٧- تعلق حق الراهن فى التصرف فى العقار المرهون من النظام العام :

يذهب الرأى السائد إلى أن حرية الراهن فى مباشرة سلطة التصرف فى العقار المرهون فيما لاينتقص من الضمان المقرر للمرتهن – على النحو الذى فصلناه سلفا – من النظام العام ، الذى لايجوز الاتفاق على ما يخالفه باعتبار أن هذه الحرية من الخصائص الأساسية لنظام الرهن ذاته . فضلا عن أن المصلحة المشروعة التى يحققها المنع من التصرف للدائن المرتهن -- متمثلة فى تجنيبه إجراءات تتبع العقار في يد الغير – لا تتناسب مع الضرر الذى يلحق الراهن من تقييد سلطته فى التصرف فى ملكه . كما أن هذا الشرط المانع للراهن من التصرف من شأنه أن يضر بالائتمان العقارى للراهن(١) . ومن ثم فإنه لايجوز أن يقع الاتفاق بين الراهن والدائن المرتهن على منع الأول من التصرف فى المال المرهون .

وقد أخذت بهذا الرأى مذكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها :

" .. وحرية الراهن فى أن يتصرف فى العقار المرهون على النحو المتقدم لايجوز أن يقيدها اتفاق مع الدائن المرتهن ، ويكون

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٢٩٧ – عبد المنعم البدراوى ص ١٢٥ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٧٥ – توفيق حسن فرج ص ١٤١ .

باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف فى العقار المرهون (أنظر م ١١٣٦ من التقنين الألمانى) " [١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٩ .

مادة (١٠٤٤)

للراهن الحق فى إدارة العقار المرهون وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار .

الشرح

١٤٨- حق الراهن فى إدارة العقار وقبض ثماره :

إن الرهن الرسمى لايسلب المدين حيازة العقار المرهون ، ولاينقص من سلطاته عليه كمالك . وبناء على هذا يحتفظ الراهن بحقه فى استعمال العقار المرهون واستغلاله .

ولايحد من سلطات الراهن إلا ما يقتضيه التزامه بضمان سلامة الرهن من الامتناع عن أى عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن إنقاصا كبيرا .

فللراهن استعمال العقار بنفسه ، وله أن يقبض ثماره الطبيعية إن كان ينتج ثمارا ، كما أن له استغلاله عن طريق التأجير ، فيقبض الأجرة ويتصرف فيها . وهو إذا باع الثمار أو قبضها لم يكن للدائن حق الاعتراض على هذا .

ويظل حق الراهن فى قبض الثمار والتصرف فيها إلى ذلك الوقت الذى تلحق فيه هذه الثمار بالعقار بتسجيل تنبيه نزع الملكية فمنذ ذلك التاريخ يتقيد حق الراهن فى التصرف فى الثمار . وهذا القيد ليس فى الواقع نتيجة لحق الرهن ، بل هو نتيجة للحجز على

العقار . ولذلك فهو يرد حتى لو كان الدائن مباشر التنفيذ دائنا عاديا حتى ولو لم يكن العقار مرهونا .

فتسجيل تنبيه نزع الملكية يترتب عليه إلحاق الثمار بالعقار فيتعلق بها حق الدائن المرتهن ويمتد إليها الرهن كما رأينا من قبل.
وفى هذا تقرر المادة (٤٠٦) من قانون المرافعات الجديد أنه :

" تلحق بالعقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه ، وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة . ولكل دائن بيده سند تنفيذى أن يطلب بعريضة من قاضى التنفيذ أمرا بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمار وبيعها . وتباع الثمار والمحصولات فى كلتا الحالتين بالمزاد أو بأية طريقة أخرى يأذن بها القاضى ويودع الثمن خزانة المحكمة " .

وتضيف المادة (٤٠٧) مرافعات ما يأتى : " إذا لم يكن العقار مؤجرا اعتبر المدين حارسا إلى أن يتم البيع ما لم يحكم القاضى بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته ، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو دائن بيده سند تنفيذى .

وللمدين الساكن فى العقار أن يبقى ساكنا فيه بدون أجرة إلى أن يتم البيع .

وإذا كان العقار مؤجرا اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه محجوزة تحت يد المستأجر وذلك بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين .

وإذا وفى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف صح وفاؤه وسئل عنها المدين بوصفه حارسا ".

والنصان السابقان الواردان فى قانون المرافعات يوضحان تفصيلا ما أجمله القانون المدنى فى المادة (١٠٤٤).

وحيث يكون العقار مؤجرا فإن البحث يثور حول مسألتين :

الأولى : مدى نفاذ حق الإيجار فى حق الدائن المرتهن ، إذ أن وجود الإيجار قد ينتقص من قيمة الإيجار[١] ، وهذا ما تناولته المادة (١٠٤٥ مدنى) كما سنرى .

والثانية : مدى الاحتجاج بالمخالصات بالأجرة المعجلة والحوالة بها مقدما فى حق الدائن المرتهن ، وهذا ما تنظمه المادة (١٠٤٦) كما سنرى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يستبقى الراهن حق التصرف فى العقار المرهون ، ويستبقى كذلك عنصرى الملكية الآخرين ، حق الاستعمال وحق الاستغلال ، فله أن يستعمل العقار المرهون بنفسه وله أن يستغله فيجنى ثمراته"[٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٢٩ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٤١ .

مـــادة (١٠٤٥)

١- الإيجار الصادر من الراهن لاينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه ، أو كان قد عقـد بعـد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة ، فلا يكون نافذا إلا إذا أمكـن اعتباره داخلا فى أعمال الإدارة الحسنة .

٢- وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيـد مدتـه على تسع سنوات ، فلا يكون نافذا فى حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن .

الشـــرح

١٤٩ـ مدى نفاذ عقد الإيجار فى حق الدائن المرتهن :

ينظم هذا النص أحكام سريان تـأجير العقـار المرهـون فـى مواجهة الدائن المرتهن . فالأصل هو حرية المدين فى إدارة أمواله . ولهذا يحق له تأجيرها . ولكن تلك الحرية يجـب ألا تـؤدى إلـى الإضرار بحقوق الدائن المرتهن ويتمثل الإضرار فى أن يكون من شأن تأجير العقار الحط من قيمته عند البيع بالمزاد العلنـى . فقـد يكون من شأن وجود عقد إيجار عدم الإقبال على شراء العقار .

ولكن يجب ألا يؤدى ذلك إلى حرمان المدين مـن حقـه فـى التأجير . والحقيقة أن التأجير الذى يؤثر فى قيمة العقار ويثنى عن

التقدم لشرائه هو الذى لا يتفق مع حسن إدارة المال . وفى مقدمة ذلك التأجير لمدة طويلة حيث يؤدى عادة إلى النفور من شراء العقار . ولذلك ينطوى على إهمال من جانب المدين فى المحافظة على حقوقه أو ينبئ عن تواطؤ بين الراهن والمستأجر للإضرار بالدائن بالتأثير على قيمة العقار وقت البيع .

والمادة (١٠٤٥) تحقق توازنا بين مصلحة المدين فى تأجير عقاره ، وبين رعاية مصلحة الدائنين كما سنرى[١] .

فالأصل أن للراهن أن يقبض أجرة العقار إذا كان مؤجرا فى المدة السابقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أى يكون الإيجار ساريا قبل الدائن المرتهن .

أما بالنسبة للمدة التالية لتسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن الإيجار لا يسرى على الدائن المرتهن أو حتى على الدائن العادى الذى باشر إجراءات التنفيذ ، ولا يكون للراهن الحق فى قبض الإيجار عن المدة التالية . ومع ذلك فإن القانون يورد استثناءين على هذا الأصل .

الاستثناء الأول : إذا كان الإيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه فإنه يسرى على الدائن المرتهن لمدة لاتتجاوز تسع سنوات من تاريخ تسجيل التنبيه ، وإذا زادت المدة على تسع سنوات

---

(١) حسام الدين كامل الأهوانى ص ٢٩٢ ومابعدها .

أنقصت المدة إلى تسع ، ما لم يكن عقد الإيجار مسجلا قبـــل قيـــد الرهن ، ففى هذه الحالة يسرى لكل مدته .

ومعنى هذا أن الدائن المرتهن يعتبر من الغير فى معنى قـــانون الشهر العقارى بالنسبة للإيجار الذى تزيد مدته على تسع سنوات ، فلا يسرى فى حقه فيما زاد على تلك المدة إلا إذا كان مسجلا قبـــل قيد الرهن . ذلك أن الإيجار الذى تزيد مدته على تسع سنوات يبدو خطيرا جدا بحيث يمس القيمة الحقيقة للعقار .

الاستثناء الثانى :

حالة ما إذا كان من الممكن اعتبار الإيجار من أعمـــال الإدارة الحسنة ، وهو يكون كذلك إذا تم بأجرة المثل أو أكثر منها ، وللمدة العادية ، وهى المدة التى يقدرها القاضى وفقا لما يجرى فى تأجير مثل العقار المرهون والسائد أن المدة المعتادة فى هذا الخصـــوص ثلاث سنوات فى الأرض الزراعية وسنة فى المبانى .

وفى هذه الحالة يسرى الإيجار ولو لم يكن ثابت التـــاريخ قبـــل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو إذا عقد حتى بعد تسجيل التنبيه .

ويشترط النص فى هذه الحالة لنفاذ الإيجار ألا تكـــون الأجـــرة عجلت كلها أو بعضها ، ومع ذلك فإن قـــانون المرافعـــات يكتفـــى بالنص فى المادة ٤٠٨ على أنه فى حالة عقود الإيجار غير ثابتـــة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، لا ينفذ فى حق الحـــاجزين والـــدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ (مرافعات) ومن حكم بإيقـــاع البيـــع عليه ، إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة .

والسائد هو العمل بحكم قانون المرافعات لأنـــه لاحـــق علـــى صدور القانون المدنى ، فلا يشترط لنفاذ الإيجـــار عـــدم تعجيـــل الأجرة [1].

وفى جميع الأحوال التى ينفذ فيها الإيجار فى حق الـــدائن بعـــد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، يجوز للمستأجر أن يقوم بوفاء الأجـــرة إلى المالك . فوفاء المستأجر للمالك بالأجرة يبرئه ، مادام لم يوقـــع حجز تحت يده على هذه الأجرة .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (٤٠٧) مرافعـــات علـــى أن الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه تعتبـــر محجـــوزة تحت يد المستأجر بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده ســـند تنفيذى بعدم دفعها للمدين . فإذا وفى المستأجر بالأجرة قبـــل هـــذا التكليف صح وفاؤه وسئل عنها المدين بوصفه حارســـا (م٤٠٧/٤ مرافعات) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أخص ما يتصل باستغـــلال العقار المرهون إيجـــاره ومثـــل أجرته :

أما الإيجار ، فإن كانت مدته تزيد على ثلاث ســـنوات (فـــى

---

(١) توفيق حسن فرج ص ١٤٢ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١٣١ ومابعدها .

التقنين الحالى تسع سنوات) فلا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلا قبل قيد الرهن ، فإن لم يكن مسجلا أنزل إلـى ثـلاث سنوات بشرط أن يكون تاريخه الثابت سابقا على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فلا ينفذ إلا إذا أنزل إلى مدة يمكن اعتباره فيها داخلا فى أعمال الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الأجرة ، فينزل إلى السـنة أو السنتين أو الثلاث حسب الظروف . أما إذا كان الإيجار لاتزيـد مدته على ثلاث سنوات فينفذ فى حق الدائن المـرتهن ولـو غيـر مسجل ، مادام ثابت التاريخ وسابقا على تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإن لم يكن كذلك أنزل إلى حدود الإدارة الحسنة على النحو الـذى تقدم ، والحكمة فى هذه القيود أن الإيجار إذا زادت مدته على ثلاث سنوات صار أقرب إلى أعمال التصرف ، فوجب أن يكون معروفا للدائن المرتهن من طريق التسجيل ، وذلك قبل أن يقيـد الـرهن . ويجب من ناحية أخرى ، أن يسبق الإيجار مهما كانت مدته تسجيل تنبيه نزع الملكية ، لأن الثمار تلحق بالعقار مـن ذلـك الوقـت ، والإيجار تصرف فى الثمار فلا يسمح به بعد تسجيل التنبيـه إلا إذا أمكن اعتباره نافعا للدائنين ، بأن كان داخـلا فـى أعمـال الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الأجرة "[1]

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٤٣ .

مـادة (١٠٤٦)

١- لاتكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

٢- أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، فإنها لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد فى الفقرة السابقة .

الشـرح

١٥٠- قبض الأجرة وحوالتها :

أخص ما يتصل باستغلال العقار المرهون ، إيجاره وقبض أجرته ، ويلحق بقبض الأجرة حوالتها .

فالأجرة هى الثمار المدنية للعقار .

والأصل أنه يحق للمدين الحصول على الثمار إلى وقت التحاقها بالعقار . ولكن هذا الحق قد يكون مصدرا لخطر داهم يلحق بالدائنين إذا ما ترتب عليه ترك العقار غير منتج لأى ثمار طوال فترة ممتدة من الزمن .

فيترتب على ذلك إنقاص قيمة العقار إنقاصا كبيرا وحرمان الدائن فى نفس الوقت من الحصول على أى أجرة تضاف إلى ضمان الدائنين وتوزع عليهم كما يوزع الثمن .

وهذه الخطورة تتوافر فى حالتى ما إذا حصل المدين على الأجرة مقدما عن مدة طويلة أو قام بحوالة حقه فى الأجرة إلى الغير . ولهذا فقد قيد المشرع سلطة المدين المالك فى هذه الصدد مراعاة لمصلحة الدائن المرتهن .

ولإيضاح نطاق تطبيق المادة (١٠٤٦) يجب التفرقة بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى :

أن تكون المخالصة بالأجرة أو حوالتها صادرة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية :

تكون المخالصة بالأجرة وحوالتها بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية غير نافذة فى مواجهة الدائن المرتهن . فمنذ تسجيل التنبيه تلتحق الأجرة بالعقار وتدخل فى ضمان الدائنين أى توزع عليهم طبقا لقواعد توزيع ثمن العقار المبيع .

وبهذا يختلف الوضع عن حالة الإيجار المبرم بعد تسجيل التنبيه ، فقد رأينا أنه طبقا للمادة (١٠٤٥) مدنى ينفذ إذا كان من أعمال الإدارة الحسنة . وترجع التفرقة إلى أن تعجيل الأجرة أو حوالتها لا تعتبر من قبيل الإدارة الحسنة . كما أنه بالرغم من نفاذ الإيجار طبقا للمادة (١٠٤٥) فإن الأجرة نفسها تدخل فى ضمان الدائنين.

أما الحالة المنصوص عليها فى المادة (١٠٤٦) فتفترض خروج الأجرة عن يد الدائنين سواء يسبق قبض المدين لها أو حوالتها للغير .

ولهذا فإنه بعد تسجيل التنبيه لا تنفذ أى مخالصة بأجرة معجلة أو الحوالة بها مقدما .

الحالة الثانية :

أن تكون المخالصة بالأجرة أو حوالتها قد صدرت قبل تسجيل التنبيه ولكن عن مدة لاتمتد إلى ما بعد تسجيل التنبيه . أى تمت مثلا حوالة أجرة عن مدة خمس سنوات ، وبدأت هذه المدة واكتملت قبل تسجيل التنبيه .

فهذه التصرفات تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن . فمن جهة ، فإن الثمار تكون من حق المدين قبل تسجيل التنبيه ولا حق للدائن عليها . ومن جهة أخرى ، لا تثور المشكلة إطلاقا لأن الثمار لن تلحق بالعقار إلا بعد تسجيل التنبيه وحيث تكون فى هذه الصورة ، الأجرة غير معجلة . فالتعجيل والحوالة المقصودة فى المادة (١٠٤٦) هى التى تتعلق بمدة لاحقة على تسجيل التنبيه .

الحالة الثالثة :

المخالصة مقدما بالأجرة وحوالتها الصادرة قبل تسجيل التنبيه ويمتد أثرها إلى ما بعد تسجيل التنبيه :

وفى هذه الحالة تقرن المادة (١٠٤٦) بين المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات ، وتلك التى تزيد على ثلاث سنوات .

فإذا لم تزد مدة المخالصة بالأجرة أو الحوالة بها على ثلاث سنوات فإنها تنفذ فى مواجهة الدائن المرتهن إذا كانت هذه التصرفات ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه وتنفذ عن المدة كلها والتى يبدأ احتسابها من تاريخ التصرف نفسه ويمتد النفاذ بطبيعة الحال إلى ما بعد تسجيل التنبيه لتكملة مدة ثلاث السنوات .

ويلاحظ أن المادة (١٠٤٦) تنطوى على إستثناء على القواعد العامة فى مجال حجية المخالصات والواردة فى المادة ١٥ من قانون الإثبات حيث يجوز للقاضى أن يعتبر المخالصة غير ثابتة التاريخ حجة على الغير . أما المادة (١٠٤٦) فإنها تقيد سلطة القاضى فى هذا الشأن حيث يجب لنفاذ المخالصة فى مواجهة الدائن المرتهن أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه .

ونفاذ هذه المخالصات والحوالة متى كانت ثابتة التاريخ يرجع إلى أنها تدخل فى أعمال الإدارة التى يحق للمالك القيام بها . وعدم زيادة المدة على ثلاث سنوات ليس من شأنه إنقاص قيمة العقار عن بيعه إنقاصا كبيرا .

أما إذا ازادت مدة المخالصة المعجلة أو الحوالة على ثلاث سنوات فلا تنفذ بكامل مدتها فى حق الدائن ، إلا إذا كانت قد سجلت قبل قيد الرهن . فمثل هذه التصرفات تعتبر من قبيل أعمال التصرف ولهذا يجب تسجيلها لنفاذها فى حق الدائن .

وإذا لم تكن مسجلة ولكنها ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فإنها تسرى لمدة ثلاث سنوات فقط ، أى يعتد بها فى القدر الذى يتفق مع حسن الإدارة .

ويسرى حكم المادة على المخالصة بالأجرة وحوالتها أيا كان جنس الأجرة ، سواء كان مبلغا نقديا أو أى شئ آخر غير النقود كجزء من المحصول فى الإيجار بالمزارعة[١] .

ويقتصر حكم المادة على حوالة الأجرة مقدما ، ولايمتد إلى حوالة الحق فى الحصول على الثمار الطبيعية . فلا ينفذ فى حق الدائن المرتهن حوالة الحق فى الحصول على الثمار أو المحاصيل لعدة جنيات مستقبلة باعتبار أن تلك الحوالة لا تعتبر من قبيل أعمال الإدارة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أخص ما يتصل باستغلال العقار المرهون إيجاره وقبض أجرته :

أما قبض الأجرة (وتلحق به الحوالة بالأجرة) فيجوز دون قيد إذا كانت الأجرة قد استحقت .

ولكن قبض الأجرة مقدما هو الذى يخشى منه على الدائن

---

(١) السنهورى ص ٣٢٢ وما بعدها – حسام الدين الأهوانى ص ٣٠٣ ومابعدها .

المرتهن إذا كانت المدة التى قبضت عنها الأجرة تالية لتسجيل تنبيه نزع الملكية ، أى للوقت الذى تلحق فيه الثمار ويصبح حكم الأجرة هو حكم العقار المرهون بالنسبة للدائنين المرتهن . لذلك لا تكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لاتزيد على سنة واحدة (وتصحح المادة ١٤٥٤ من المشروع فتستبدل بعبارة " ثلاث سنوات " حيث يوجد فى نص المادة عبارة " سنة واحدة " حتى يتحقق التنسيق بين المادة ١٤٥٤ والمادة ١٣٧١ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك) نافذة فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت سابقة فى تاريخها الثابت على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أما إذا لم تكن ثابتة التاريخ فلا تنفذ مهما كانت مدتها لأن الأجرة متى ألحقت بالعقار ، فلا يجوز قبضها ولا التصرف فيها بعد ذلك . فإن كانت المخالصة عن فترة تزيد على سنة ، فإنها تكون أقرب إلى التصرف فيها إلى الإدارة . ويجب أن يعلم بها الدائن والمرتهن ، ولذلك لا تنفذ فى حقه إلا إذا كانت قد سجلت قبل قيد الرهن ، وإلا خفضت إلى سنة على أن تكون ثابتة التاريخ وسابقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٤٦ ومابعدها .

مـــادة (١٠٤٧)

يلتزم الراهن ، بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا ، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وله أن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك .

الشـــرح

١٥١- التزام الراهن بضمان سلامة الرهن :

عقد الرهن الرسمى وهو من عقود الضمان يعتبر من مستلزماته التزام الراهن بضمان سلامة الرهن بحالته وقيمته التى ارتضاها المرتهن (م١٤٨/٢ مدني) . وهو يقابل التزام البائع فى عقد البيع بضمان التعرض والاستحقاق ، بحيث لايجوز له أن يقوم أو أن يمتنع عما من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن .

ويتمثل التزام الراهن بضمان سلامة الرهن فى التزامه بضمان تعرضه الشخصى للمرتهن وكذا ضمان تعرض الغير له .

فمقتضى ضمان تعرضه الشخصى ، التزامه بالامتناع عن كل عمل مادى أو قانونى – إيجابى أو سلبى (تقصير) – من شأنه أن يرتب انتقاصا كبيرا للضمان المقرر للدائن المرتهن [١].

---

(١) وكانت المادة (١٤٥٥) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٠٤٧ مدنى) تنص على أن : " يلتزم الراهن بضمان الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه ...".

ولقد عنى المشرع بقصر التزام الراهن بالضمان على ما يمثل انتقاصا كبيرا لضمان الدائن لما فى تخويل المرتهن من الرجوع بالضمان عن كل ما يمثل انتقاصا لضمانه من إرهاق وعنت وتقييد لحرية الراهن فى مباشرته لسلطات ملكيته على العقار المرهون . كما أن فى ذلك تعسفا فى استعمال الحق من جانب المرتهن . وكل ما من شأنه أن يقضى إلى عدم كفاية الضمان يعد من قبيل الانتقاص الكبير للضمان المثير لمسئولية الراهن . فمن قبيل الأعمال المادية التى يضمنها الراهن ما يصدر منه من أفعال التخريب أو هدم العقار وكذلك تركه يتخرب بعدم صيانته وحفظه .

ويقصد بالأعمال القانونية التى يضمنها الراهن ، التصرفات التى تتعارض مع حق الدائن المرتهن أو يكون من شأنها أن تؤثر فيه ، أى التى تؤدى إلى خروج كل العقار المرهون أو بعضا من ملحقاته من ضمان المرتهن أو تحمله بحقوق مثقلة ، كأن يسارع الراهن قبل قيد المرتهن لحقه بترتيب حق للغير على هذا العقار

إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضافت عبارة " إنقاصا كبيرا " بعد عبارة " إنقاص ضمانه " وجاء بتقريرها أنها قصدت بذلك تقييد تدخل الدائن المرتهن لضمان سلامة الرهن حتى لا يعرض المدين إلى الإرهاق والعنت من جراء هذا التدخل ".
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٥٠) .

وبحيث يشهر هذا الحق قبل قيد الرهن [١]. سواء ببيعه أو بترتيب حق ارتفاق عليه أو بتقرير رهن ثان أو بيع العقارات بالتخصيص التى كانت مخصصة لخدمة العقار المرهون أو بيع العقار باعتباره منقولا بحسب المآل أو قطع أشجار لم تكن معدة للقطع .

ويضاف إلى ذلك أن الراهن يضمن للمرتهن ما يحصل له من تعرض قانونى صادر من الغير ، والتعرض القانونى الصادر من الغير يتخذ صورة الادعاء بحق لو ثبت لترتب عليه المساس بحق المرتهن ، كادعائه ملكية العقار المرهون أو ملكية المنقول الموضوع فيه أو أنه صاحب حق انتفاع أو ارتفاق متى كان الرهن قد تم على أساس أنه ليس للغير شئ من ذلك . فإذا لم يتدخل الراهن ويدفع دعوى الغير اعتبر مخلا بالتزامه بضمان الاستحقاق.

أما التعرض المادى الصادر من الغير فلا يضمنه الراهن ، بل يكون للمرتهن أن يتولى دفعه بنفسه وقد أعطته المادة (١٠٤٨) مدنى – كما سنرى – هذا الحق .

١٥٢ـ جزاء مخالفة الراهن لالتزامه :

إذا خالف الراهن التزامه بضمان سلامة الرهن ، كان الجزاء وفقا للقواعد العامة – هو التنفيذ العينى أو التنفيذ بمقابل .

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٢٨٥ ومابعدها – أحمد سلامه ص ١٩٩ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١١٧ ومابعدها.

ومعنى التنفيذ العينى هو إزالة كل عمل أدى إلى إنقاص الرهن أو عرض حقوق الدائن المرتهن للخطر وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه .

فإذا استحال التنفيذ العينى ، كما لو ثبت للأجنبى على العقار حق يتعارض مع حق الدائن المرتهن أو تعذر التنفيذ العينى أو كان فى رفعه إرهاق جسيم ، كان الجزاء هو التنفيذ بمقابل أى التعويض. ويكون التعويض عن طريق طلب تأمين تكميلى يعادل ما نقص من قيمة العقار المرهون ويحل محله .

وبدلا من التنفيذ العينى أو التنفيذ بمقابل يجوز الحكم بسقوط الأجل وحلول الدين فورا ، نظرا لأن المدين قد أضعف بفعله التأمينات الضامنة للوفاء ، ويكون الخيار فى هذا للدائن (م٢/٢٧٣ مدنى) [١] .

على أن المشرع لم يكتف بهذه الجزاءات ، بل حمى الدائن المرتهن من جهة بأن خوله الحق فى اتخاذ وسائل للتحفظ على حقه . وتخلص هذه الوسائل فيما يلى :

١- اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لحفظ العقار المرهون ومنع حدوث نقص فى قيمته ، كأن يطلب تعيين حارس على العقار المرهون للمحافظة عليه على نفقة الراهن .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١١٩ .

٢- الاعتراض على تصرف الراهن لدى الأشخاص الذين يزمع أن يتصرف لهم فى منقولات ينتزعها من العقار المرهون أو الذين تصرف لهم في هذه المنقولات دون أن يسلمهم إياها ليجعلهم بهـذا الاعتراض سيئى النية فلا يجوز لهم التمسك بقاعدة الحيـازة فـى المنقول سند الملكية .

٣- الحجز على ثمن المنقولات التى فصلت وبيعت وسلمت إلى مشتريها بحسن نية واستعمال حق التقدم عليه باعتبار أن هذا الثمن قد حل فى الرهن محل المنقولات التى بيعت حلولا عينيا (م١٠٤٩ مدنى) [١] .

٤- للدائن المرتهن فى حالة الاستعجال القيام بتـرميم العقـار صيانة له من التلف والرجوع بما أنفـق علـى الـراهن (٢٠٩ - ١٠٤٧) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " يلتزم الراهن بترتيب حق الرهن على العقـار المرهـون لمصلحة الدائن المرتهن كما يلتزم البائع بنقل حـق الملكيـة إلـى المشترى ، ويظهر ذلك بوضوح فى رهن ملك الغير ، فإن الراهن لايستطيع أن يقوم بالتزامه من ترتيب حق الرهن ، فإذا أجاز الدائن المرتهن جاز له بعد ذلك فسخه لعدم قيام الراهن بالتزامه .

---

(١) سليمان مرقس ص ١٢٣ - عبد المنعم البدراوى ص ١٢٠ .

٢- ويلتزم ، كالبائع أيضا ، بضمان التعرض والاستحقاق، فلا يجوز له أن يقوم بأى عمل يكون من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن ، كأن يخرب العقار المرهون أو أن يتركه يتخرب .

وللدائن المرتهن أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، كأن يقيم حارسا ، ويرجع على الراهن بما أنفق ، وإذا نزع الراهن شيئا من العقار المرهون أو من ملحقاته ، كما إذا هدم جانبا منه وباع الأنقاض أو باع مواشى كانت خصصت لخدمة الأرض المرهونة ، فوقعت فى حيازة مشتر حسن النية ، ملكها بالحيازة خالصة من الرهن، ويكون للدائن المرتهن حق الرجوع على الراهن بالضمان ، إما إذا لم يتسلمها المشترى أو تسلمها وهو سئ النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٤٩ .

مادة (١٠٤٨)

١- إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضي تأمينا كافيا أو أن يستوفي حقه فورا .

٢- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين . كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفي الدين فورا قبل حلول الأجل . وفي هذه الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين .

٣- وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر .

الشرح

١٥٣- تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه :

إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه . كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضي تأمينا كافيا أو أن يستوفي

حقه فورا . ومبرر ترك الخيار للدائن ، أن سبب التعرض الذى أخل بحق المرتهن راجع لخطأ الراهن نفسه ، ذلك أن ما يحدثه الراهن يعتبر من قبيل التعرض المادى الذى يضمنه الراهن ، وجاءت المادة (١٠٤٨) تطبيقا لما ورد فى المادة (٢/٢٧٣) من التقنين المدنى التى تقضى بأن : " يسقط حق المدين فى الأجل :

.....

٢- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه

" فإذا هلك العقار أو تلف بخطأ الراهن ، كان الدائن المرتهن مخيرا بين اعتبار حقه قد حل فورا فيقتضيه أو طلب تأمين كاف يحل محل العقار المرهون . أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن فليس له أن يطلب شيئا ، بل يجب أن يدفع هو تعويضا عما أتلفه بخطئه وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض "(١).

١٥٤- هلاك أو تلف العقار المرهون بسبب أجنبى :

يقصد بذلك الحالة التى يكون فيها هلاك العقار المرهون أو تلفه بسبب أجنبى عن المدين وعلى حد تعبير المادة (٢٧٣ مدنى) " إلى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٥٢ ومابعدها

سبب لا دخل لإرادة المدين فيه " ، سواء كان راجعا لفعل شخص أجنبى أو بسبب قوة قاهرة .

وتعتبر المادة (١٠٤٨) فى ذلك تطبيقا للمادة (٢/٢٧٣) التى تنص على أنه : " ... أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا ".

والحكم فى هذه الحالة أن يكون المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفى الدين فورا قبل حلول الأجل ، وذلك إذا لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين . وسبب تخيير المدين يرجع إلى عدم مسئوليته عن سبب الهلاك أو التلف .

وتقدير كفاية ما حل محل العقار المرهون كتأمين بديل مما يخضع عند النزاع لتقدير قاضى الموضوع .

وإذا اختار المدين أن يوفى الدين فورا قبل حلول الأجل ولم يكن للدين فوائد اتفاقية ، فإن المدين يستنزل من الدين قبل دفعه الفوائد بالسعر القانونى (٤% فى المسائل المدنية ، ٥% فى المسائل التجارية) عن المدة ما بين وفاء الدين للدائن وحلول أجل الدين فى ميعاده الأصلى . لأن المدين لم يستفد من الدين عن هذه المدة [1].

---

(١) السنهورى ص ٣٠٩ - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٢٩١ ومابعدها - عبد المنعم البدراوى ص ١٢١ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وإذا كان الهلاك بسبب أجنبى كان المدين هو المخير بين وفاء الدين فورا قبل حلول الأجل بعد انتقاصه الفائدة محسوبة بالسعر القانونى إذا لم تكن هناك فائدة اتفاقية أو تقديم تأمين كاف . وكل هذه الأحكام تتفق مع المبادئ الخاصة بسقوط الأجل لإضعاف التأمينات (مادة ٣٩٦ من المشروع) "[١] .

١٥٥- حق الدائن فى طلب وقف الأعمال التى تعرض العقار للهلاك أو التلف :

إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، سواء كان ذلك نتيجة خطأ الراهن أو نتيجة سبب أجنبى ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٥٣ .

مادة (١٠٤٩)

إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة .

الشرح

١٥٦ـ حق الدائن على ما يستحق من مبالغ فى حالة هلاك الشئ المرهون :

تشير المادة إلى المبالغ التى تستحق للراهن نتيجة هلاك الشئ المرهون ماديا أو قانونيا .

كما إذا هلك العقار ماديا بفعل الغير وقضى للمالك بالتعويض، أو كان مؤمنا عليه ضد الحريق واستحق له عوض التأمين أو هلك بكارثة عامة عوضت عنها الدولة . ففى هذه الحالة يستعمل الدائن المرتهن حقه على التعويض أو عوض التأمين . وكذلك إذا باع الراهن المنزل المرهون أنقاضا وهدم العقار فعلا ولا يزال فى ذمة المشترى ثمن الأنقاض كله أو بعضه ، أو فصل من العقار بعض المنقولات الثابتة بالتخصيص وسلمها إلى مشتر حسن النية ومازال ثمنها فى ذمته .

وكذلك الحال فى حالة الهلاك القانونى ، ويقصد به انتقال ملكية العقار المرهون دون أن يكون للدائن المرتهن حق فى تتبعه ، مثل

نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة . ففى هذه الحالة يستعمل الدائن المرتهن حقه على مبلغ التعويض.

ويستوى أن يكون الهلاك كليا أو جزئيا وهذا الحكم هو تطبيــق لمبدأ الحلول العينى إذ يحل المقابل محل العقار فيما كان عليه مــن حق للدائن المرتهن [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فى جميع الأحوال التى يحل فيها محل العقــار المرهــون أو محل جزء منه شئ آخر ، كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن يرسو به المزاد أو ثمن ملحقات يتم تسليمها ، فإن الرهن ينتقل إلى هذا الشئ الآخر ، ويستوفى الدائن منه الدين بحسب مرتبته وهذا مثــل آخــر للحلول العينى "[٢] .

---

(١) سليمان مرقس ص ١٢٦ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ١٢٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٧ ص ٥٤ ومابعدها .

بالنسبة إلى الدائن المرتهن :

مـــادة (١٠٥٠)

إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الـدفع بتجريـد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

الشـــرح

١٥٧ـ رجوع المرتهن على الكفيل العينى :

إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين وهـى حالـة الكفيـل العينى ، فإن الدائن المرتهن لا يكون له الضمان العام على أمـوال الراهن ، ومن ثم فهو لايجوز له التنفيذ على شئ من مال الـراهن إلا ما رهن .

والأصل أن الكفيل العينى ليس له أن يدفع تنفيذ الـدائن بطلـب تجريد المدين أولاً من أمواله إلا إذا اتفق على غير ذلك .

أما إذا كان العقار الذى قدمه الكفيل العينى غير كـاف للوفـاء بكامل حقه ، فلا يكون أمام الدائن المرتهن إلا الرجوع بالباقى على المدين بماله قبله من ضمان عام .

وإذا قرر الدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون المقدم من الكفيل العينى ، كان عليه بعد تكليف المدين بالوفـاء وفقـا للمـادة (٢٨١) مرافعات أن يعلن التنبيه بنزع ملـكية العقـار إلى الراهن (٤٠١ فقرة أخيرة مرافعات) .

والحكمة من توجيه التنبيه بنزع الملكية إلى الكفيل العينى دون المدين أن العقار الذى يتم التنفيذ عليه مملوك للكفيل وليس للمدين .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات أنه :

" فمن العبث تسجيل تنبيه نزع الملكية باسم المدين إذ لا علاقة للمدين به ولايتصور أن يتعامل مع أحد ومن ناحية أخرى ، فإن حماية الغير تقتضى ألا يكون العقار محجوزا إلا بإجراء مشهر باسم الكفيل العينى . ذلك أنه لو سجل التنبيه باسم المدين واعتبر العقار بهذا محجوزا فإن الغير قد يشترى العقار من الكفيل العينى دون أن يكون فى استطاعته أن يعلم بسبق الحجز عليه . لهذا رئى أن يكون التنفيذ بتنبيه نزع الملكية وتسجيل التنبيه باسم الكفيل العينى دون أن يكون فى استطاعته أن يعلم بسبق الحجز عليه . وبهذا التسجيل وليس بإجراء قبله أيا كان تترتب آثار الحجز . على أنه يجب تكليف المدين قبل هذا بالوفاء ، لأنه هو المسئول شخصيا عن الدين ".

ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزا (م٤٠٤ مرافعات) .

ولاينفذ تصرف الكفيل العينى – وعموما من سجل التنبيه باسمه مدينا أو حائزا – ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة (٤١٧) مرافعات ولا من

حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (م٤٠٥ مرافعات) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وسلطة الدائن المرتهن على العقار المرهون واحدة سواء كان العقار المرهون مملوكا للمدين نفسه كما هو الغالب ، أو كان مملوكا لكفيل عينى . فيرجع الدائن على العقار المرهون المملوك للكفيل ، ولا يرجع من مال هذا الكفيل إلا على هذا العقار .

وهذا ما تقضى به المادة ١٤٥٩ فقرة ٢ ، فهى تنص على أنه إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . وقد احتاط النص فلم يقل إن التنفيذ لايجوز إلا على ما رهن الكفيل ، بل قال إن التنفيذ لايجوز على مال الكفيل إلاما رهن ، حتى لا ينفى جواز التنفيذ على مال المدين بما للدائن من ضمان عام ، ولكن لايجوز للكفيل العينى أن يجبر الدائن أن يرجع أولاً على مال المدين (وهذا هو حق التجريد) لأن عقار الكفيل مرهون فى الدين ، ويجوز للدائن إذن أن يبدأ التنفيذ على هذا العقار حتى لو كان فى مال المدين عين أخرى مرهونة فى نفس الدين ، وللدائن أن يبدأ التنفيذ على أى من العينين المرهونتين " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٦٢ .

مادة (١٠٥١)

١- للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه فى المواعيد ووفقا للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات .

٢- وإذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار .

الشرح

١٥٨- وجوب التنبيه بالوفاء على المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون :

لايجوز للدائن المرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ الجبرى أى بيع العقار بالمزاد إلا بعد أن ينبه على المدين بالوفاء . ويسمى هذا التنبيه بتنبيه نزع الملكية أو التنبيه العقارى .

والمقصود بهذا التنبيه هو إعذار المدين بأنه إذا لم يدفع الدين فإنه يسجل التنبيه ويباع العقار جبرا .

وقد استلزم المشرع التنبيه على المدين ، مع أن إجراءات التنفيذ تجرى فى هذه الحالة ضد الحائز ، لأن المدين هو المسئول الأول عن الدين ، ولأن الحائز سيرجع عليه إذا نزعت ملكيته أو قام بوفاء الدين ، فوجب إعذاره أولاً بالوفاء عن طريق هذا التنبيه حتى تتحقق مسئوليته عن عدم الوفاء .

١٥٩- بيانات التنبيه :

يجب أن يتضمن التنبيه فضلا عن البيانات المنصوص عليها فى المواد ٩ مرافعات ومابعدها البيانات الآتية :

١- بيان نوع السند التنفيذى وتاريخه ومقدار الدين المطلوب الوفاء به وتاريخ إعلان السند .

٢- إعذار المدين بأنه إذا لم يدفع الدين يسجل التنبيه ويباع عليه العقار جبرا .

٣- وصف العقار مع بيان موقعه ومساحته وحدوده وأرقام القطع وأسماء الأحواض وأرقامها التى يقع فيها وغير ذلك مما يفيد فى تعيينه وذلك بالتطبيق لقانون الشهر العقارى .

وللدائن أن يستصدر بعريضة أمرا بالترخيص للمحضر بدخول العقار للحصول على البيانات اللازمة لوصف العقار ومشتملاته . وله أن يستصحب من يعاونه فى ذلك ولايجوز التظلم من هذا الأمر.

٤- تعيين موطن مختار للدائن المباشر للإجراءات فى البلدة التى بها مقر محكمة التنفيذ .

وإذا لم تشتمل ورقة التنبيه على البيانين ١ ، ٣ من هذه المادة كانت باطلة .

فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقا للمادة ٢٨١ .

ويعلن التنبيه إلى المدين لشخصه أو لموطنه (م٤٠١ مرافعات).

١٦٠- تسجيل تنبيه نزع الملكية :

يسجل تنبيه نزع الملكية فى مكتب من مكاتب الشهر التى تقع فى دائرتها العقارات المبينة فى التنبيه .

وإذا تبين سبق تسجيل تنبيه آخر فلا يجوز المضى فى الإجراءات على سبيل التعدد على العقار الواحد وتكون الأولوية فى المضى فى الإجراءات لمن أعلن التنبيه الأسبق فى التسجيل .

ومع ذلك يجوز لمن أعلن تنبيها لاحقا فى التسجيل أن يطلب من قاضى التنفيذ أن يأذن له فى الحلول محله فى السير بالإجراءات (م٤٠٢ مرافعات) .

وإذا تبين سبق تسجيل تنبيه عن العقار ذاته قام مكتب الشهر بالتأشير بالتنبيه الجديد على هامش تسجيل التنبيه الأول مبينا تاريخ التنبيه الجديد واسم من أعلنه وسند تنفيذه وأشر كذلك على أصل التنبيه الجديد بعد تسجيله بما يفيد وجود التنبيه الأول وبتاريخ تسجيله واسم من أعلنه وسند تنفيذه .

ويحصل التأشير بأمر القاضى بالحلول على هامش تسجيل التنبيه السابق والتنبيه اللاحق وذلك بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر (م٤٠٣ مرافعات) .

ونحيل إلى قانون المرافعات فى بيان الإجراءات التفصيلية الخاصة بالتنفيذ على العقار المرهون وبيعه .

١٦١ـ تخلى الراهن غير المدين عن العقار المرهون :

إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين (الكفيل العينى) جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقـار . ذلك أن الكفيل العينى غير مسئول عن الدين إلا فى حـدود العقـار المرهون ، ومن ثم أجاز له المشرع توقى إجراءات التنفيذ بالتخلى عن العقار الذى رهنه كما يتخلى الحائز للعقار المرهون . ويتبع فى ذلك ما يتبعه الحائز من أوضاع ، ويسرى عليه ما يسـرى علـى الحائز من أحكام .

وقد أوردت أحـكام تخلى الحـائز عن العقـار المرهون المادة (١٠٧١) من التقنين المدنى ، ونحيل إلى شرح هذه المادة فى هذا الصدد .

مـادة (١٠٥٢)

١- يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله أن يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو فى أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التى فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

٢- ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه .

الشـــرح

١٦٢- شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء :

لايجوز الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن ، مدينا كان أو كفيلا عينيا ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق فى تملك العقار المرهون . ويحظر ذلك سواء كان التملك بثمن هو الدين المستحق أى باعتبار أن ثمن العقار يعادل مبلغ الدين ، وهذا هو الغالب أو كان التملك بأى ثمن آخر حتى ولو كان أكبر من الدين بحيث يدفع الدائن المرتهن للمدين الفرق الزائد بين مبلغ الدين وثمن العقار [١].

ويحظر الشرط وكل شرط يؤدى إلى الوصول إلى نفس النتيجة . فيحظر الشرط الذى بمقتضاه يتملك الدائن المرتهن عند عدم الوفاء

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ٣١٧- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٨٩ .

عقاراً آخر من عقارات المدين . ويحظر كذلك شرط حصول الدائن على ثمن العقار كله عند بيعه حتى ولو كان أكثر من الدين المضمون . فالحظر يشمل كل اتفاق على تملك الدائن للعقار المرهون أيا كان المقابل وأيا كانت طريقة تحديد الثمن أى حتى ولو كان عن طريق طرف ثالث أو خبير .

ويحظر الشرط سواء ورد فى عقد الرهن ذاته أو بعد إبرام العقد وقبل حلول أجل الدين . فالفقرة الأولى من المادة صريحة فى حظر الشرط حتى ولو كان قد أبرم بعد الرهن ، فالاتفاق اللاحق يكون باطلا كالاتفاق المعاصر .

فإذا اتفق على مثل هذا الشرط كان باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام .

والحكمة من بطلان هذا الشرط ترجع إلى ما يأتى :

١- أن المدين يكون فى مركز اقتصادى ضعيف نظرا لحاجته للمال ومن ثم فإن قبوله لهذا الشرط لايكون إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة بقدر ما هو انصياع من جانب الضعيف لما يمليه عليه القوى .

٢- أن هذا الشرط قد يخفى فوائد ربوية تتمثل فى الفارق بين الثمن المتفق عليه للعقار والقيمة الحقيقية للعقار . فالدائن يحصل على العقار مقابل الدين باعتبار أن قيمة العقار تعادل مبلغ الدين ، بالرغم من أن قيمة العقار تزيد فى الغالب على قيمة الدين .

٣- أن هذا الشرط يخل بالتوازن الذى راعاه المشرع بين الصوالح المختلفة لأصحاب الشأن عند تنظيمه للرهن الرسمى . وهذه الأحكام تعتبر متعلقة بالنظام العام . فشرط التملك يعتبر ضمانة جديدة لم يكفلها القانون للدائن المرتهن فهو يؤدى عملا إلى إخراج العقار من الضمان العام للدائنين بتمليكه للدائن المرتهن وذلك من غير الطريق الذى رسمه القانون والذى يكفل عن طريقه حماية مصالح أصحاب الشأن جميعا .

وإذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام ، فهو بطلان مطلق يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولا يزول بالإجازة [١].

وبطلان الشرط لا يمس عقد الرهن الرسمى نفسه . فإذا كان العقد باطلا فى شق أو فى شرط من شروطه فإن ذلك لا يؤثر فى صحة العقد . فيظل الرهن قائما لمصلحة الدائن المرتهن وله أن يتخذ الإجراءات القانونية للتنفيذ على عقار المدين ، وأن يدخل المزايدة وقد يتملكه عن هذا الطريق .

أما إذا كان الشرط من الدوافع الباعثة للتعاقد أى إبرام الرهن فإن عقد الرهن يبطل أيضا [٢]. وذلك عملا بالمادة ١٤٣ مدنى التى

---

(١) محمد على إمام ص ٣٣٤ .

(٢) السنهورى ص ٣٣٢ ومابعدها - حسام الدين الأهوانى ص ٣١٩ ومابعدها .

تقضى بأن : " إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" للدائن المرتهن صفتان :

(أ) صفته باعتباره دائنا كسائر الدائنين ، أموال المدين ضمان عام له ، فله أن ينفذ عليها جميعاً دون أن يكون له حق فى التقدم ، ويراعى فى التنفيذ القيود العامة ، وأهمها أنه لاينفذ على مال غير مرهون قبل التنفيذ على المال المرهون (مادة ٣٢٨ من المشروع) وأنه لا ينفذ على مال تكون قيمته أكبر بكثير من حقه (مادة ٣٢٩ من المشروع) .

(ب) صفته باعتباره دائنا مرتهناً ، وحق الرهن يتركز فى العقار المرهون ، وهو سلطة تخول الدائن أن يستوفى حقه من هذا العقار طبقاً للإجراءات التى نص عليها تقنين المرافعات ، مع مراعاة ألا ينفذ على العقار إلا بالقدر الذى يفى بالحق (مادة ٣٢٩ من المشروع) . فالدائن المرتهن لا يستوفى إذن حقه من العقار المرهون إلا طبقاً لإجراءات معينة تنتهى آخر الأمر إلى بيع العقار جبراً فى المزاد ، وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، لأن الإجراءات التى فرضها القانون قد وضعت

لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة ، فالإخلال بشئ من ذلك لايقره القانون ولو ارتضاه المتعاقدان إذ يخشى أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن وانتزع منه رضاه . فيقع باطلا كل اتفاق يعطي الدائن الحق ، إذا لم يستوف الدين عند حلول أجله ، فى أن يتملك العقار المرهون بأى ثمن كان ، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء (**pacte commissoire**) أو فى أن يبيعه دون أن يراعي الإجراءات التى فرضها القانون ، وهذا هو شرط الطريق الممهد (**clause de voie parée**) سواء أبرم الاتفاق فى عقد الرهن ذاته ، أو أبرم بعده مادام قد تم قبل حلول الدين . أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن وأصبح هذا على بينة من الأمر . فيجوز الاتفاق حينئذ على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للدين ، أو على أن يشترى الدائن العقار بثمن أكبر أو أقل من الدين ، أو على أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلنى ، وقد يكون فى هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه إذ يتجنب المصروفات التى تنجم عن بيع العقار بالمزاد "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٦١ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد المادة ١٠٥٢ من القانون المدنى أن اتفاق الراهن مع الدائن المرتهن على تملك هذا الأخير العقار المرهون إذا لم يتم الوفاء بالدين يقع باطلا متى أبرم هذا الاتفاق وقت إنشاء الرهن أو قبل حلول أجل الدين ، أما بعد حلول الدين أو قسط منه فإنه يجوز للراهن أن ينزل للدائن عن العقار المرهون ويكون هذا التصرف بيعا صحيحا سواء كان الثمن هو ذات الدين أوما يزيد أو يقل عنه ".

(طعن رقم ١٣٤٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٤/١٥)

١٦٣- جواز النزول عن العقار المرهون بعد حلول الدين أو قسط منه :

أجازت الفقرة الثانية من المادة بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه. وذلك بشرط أن يرد هذا الاتفاق صحيحا وفقا للقواعد العامة.

والحكمة التى توخاها المشرع من هذا الاستثناء هى أنه إذا حل أجل الدين أو قسط منه ، انعدمت شبهة استغلال المرتهن لحاجة الراهن وعوزه ، وأصبح هذه الأخير على بينة من الأمر .

ويجب لكى يقع الاتفاق على تملك المرتهن للعقار المرهون صحيحا أن يحصل حقيقة بعد حلول أجل الالتزام المضمون أو قسط منه ، فإذا حصل قبل ذلك وأخر إظهاره ، وقع باطلا [١].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٨٩ ومابعدها – محمد على إمام ص ٣٣٤.

(راجع نقض طعن رقم ١٣٤٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٤/١٥ المنشور بالبند السابق) .

١٦٤- شروط بيع العقار المرهون دون مراعاة الإجراءات التى فرضها القانون :

يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يبيع العقار دون مراعاة الإجراءات التى فرضها القانون . ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن .

وهذا الشرط يطلق عليه شرط " الطريق الممهد " .

فحق الدائن المرتهن مقصور على طلب بيع العقار المرهون باتباع الإجراءات التى يفرضها قانون المرافعات . فالاتفاق الذى يكون له بمقتضاه أن يبيع هذا العقار بغير اتباع تلك الإجراءات ، يقع باطلا . فلا يجوز مثلا الاتفاق على منح الدائن الحق فى بيع العقار المرهون وديا أو بطريق المزاد الحاصل بغير تدخل القضاء.

وكما هى الحال فى شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء ، يقع شرط الطريق الممهد باطلا بطلانا مطلقا ، ولا يؤثر بطلان شرط الطريق الممهد على عقد الرهن ذاته ، ويكون حق المرتهن مقصورا على طلب بيع العقار باتباع الإجراءات التى يفرضها القانون . ويبطل الشرط سواء اتفق عليه عند إبرام العقد أم بعد ذلك ، طالما أن أجل الوفاء بالالتزام المضمون لم يحل بعد أو لم يحل أجل الوفاء بقسط منه . وإنما يثور التساؤل عما إذا كان هذا

الشرط يجوز إذا حصل الاتفاق عليه بعد حلول أجل الالتزام المضمون أو بعد حلول أجل قسط منه .

والملاحظ أن المشرع لم يفصح عن ذلك ، كما فعل بالنسبة إلى شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء . ومع ذلك يذهب الفقه إلى وقوع هذا الاتفاق صحيحا ، لأنه إذا أجاز القانون نزول الراهن للمرتهن عن العقار المرهون بعد حلول الأجل ، فهو يجيز من باب أولى الاتفاق الحاصل بعد هذا الوقت الذى بمقتضاه يباع العقار المرهون بغير اتباع الإجراءات القانونية[١] ، وفضلا عن ذلك فالأعمال التحضيرية للقانون قاطعة فى جواز هذا الاتفاق . **فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :**

" ... أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن وأصبح هذا على بينة من الأمر ، فيجوز الاتفاق حينئذ على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للدين ، أو على أن يشترى الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين ، أو على أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلنى ، وقد يكون فى هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه إذ يتجنب المصروفات التى تنجم عن بيع العقار بالمزاد " [٢].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٩١ – محمد على إمام ص ٣٣٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٦٢ .

أثر الرهن بالنسبة إلى الغير :

مـادة (١٠٥٣)

١- لايكون الرهن نافذا فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا علـى العقـار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة فى الإفلاس .

٢- لايصح التمسك قبل الغير بتحويل حقٍ مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبـة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى .

الشـــرح

١٦٥- عدم نفاذ الرهن فى حق الغير إلا بالقيد :

تقدم أن حق الرهن لايخول صاحبه شيئا من مزايا الملكية على العقار المرهون ، وإنما يخوله فقط حق استيفاء دينه من ثمن العقار قبل غيره من الدائنين إذا ما بيع العقار على ذمة الـراهن ، وحـق تتبع هذا العقار فى أى يد كانت - إذا ما خرج من ملكية الراهن - لبيعه واستعمال حق التقدم على ثمنه .

ومزيتا التقدم والتتبع موجهتان ضد الغير لا ضد الراهن .

وقد رأى المشرع أن العدالة تقتضى ألا يسمح للدائن المـرتهن أن يتذرع بمزيتى التقدم والتتبع ضد الغير إلا إذا كان فـى وسـع

الغير وقت أن كسب حقه أن يعلم بوجود حق الرهن ، فاشترط قيد الرهن لنفاذه قبل الغير[١] .

ونعرض فيما يلى للمقصود بالغيرفى شأن نفاذ الرهن الرسمى ، ثم لأحكام قيد الرهن الرسمى .

١٦٦- المقصود بالغير فى شأن نفاذ الرهن الرسمى :

يقصد بالغير فى هذا المقام كل شخص له حق يضار من وجود الرهن الرسمى ، وعلى ذلك تشمل طائفة الغير ما يلى :

١ - كل شخص له حق عينى تبعى على العقار المرهون :

تتضمن هذه الفئة دائنا آخر مرتهنا رهنا رسميا أو له حق اختصاص على العقار المرهون أو مرتهنا العقار المرهون رهن حيازة ، أو له حق امتياز على العقار المذكور . ووجه الضرر لهم أنه بنفاذ الرهن فى مواجهتهم ، يتقدم الدائن المرتهن عليهم فى استيفاء حقه من ثمن بيع العقار المرهون .

٢ - كل شخص اكتسب حقا عينيا أصليا على العقار المرهون :

ومثل ذلك من انتقلت إليه ملكية العقار أو اكتسب عليه حق انتفاع . ووجه الضرر ، أن نفاذ الرهن قبلهم يمكن المرتهن من التنفيذ على العقار المرهون تحت يدهم على تقدير عدم وجود حقوقهم .

---

(١) سليمان مرقس ص ١٤٧ ومابعدها - محمد على إمام ص ٣٣٥ ومابعدها .

٣- الدائنون العاديون :

ووجه الضرر أن قاعدة المساواة التى تحكمهم فى التنفيذ على العقار المرهون باعتباره داخلا ضمن الضمان العام لمدينهم يعرقلها نفاذ الرهن فى مواجهتهم ، بما يخول للمرتهن من حق التقدم عليهم[١].

١٦٧ـ وجوب قيد الرهن الرسمى لنفاذه قبل الغير :

القيد هو الإجراء الذى رسمه المشرع لشهر الرهن الرسمى والحقوق العينية التبعية عموما والاحتجاج بها تجاه الغير .

فمن وقت إجراء القيد يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه فى مواجهة الدائنين العاديين وكذا الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التالية له فى المرتبة كما يستطيع أن يحتج بحقه فى مواجهة من اكتسب على العقار المرهون حقا عينيا أصليا لاحقا لقيد حقه . وتتحدد درجة الرهن من تاريخ قيده فإذا أجرى قيد عدة رهون فى يوم واحد ، تم التفاضل بينها بحسب الساعة التى أجرى فيها (م١٠٥٧)ولكى ينتج القيد أثره لابدأن يستند إلى عقد رهن صحيح . فالقيد – والشهر عموما – لا يطهر العقد مما اعتوره من عيوب. فإذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لم يترتب على القيد أى أثر . وإذا كان قابلا للإبطال وحكم ببطلانه سقط الرهن وكذا القيد تبعا له .

---

(١) السنهورى ص٣٣٥ ومابعدها- همام محمد زهران ص٤٣٢ ومابعدها .

ولقد أحال القانون المدنى إلى قانون تنظيم الشهر العقارى فى شأن القواعد المنظمة للقيد (القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) .

فإذا تنازع الدائن المرتهن رهنا رسميا مع الغير كانت العبرة بقيد حقه العينى التبعى أو تسجيل حقه العينى الأصلى ، فإذا كان القيد أو التسجيل قد تم قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنا رسميا حقه، فقد فات هذا الحق على الدائن المرتهن ، إذ يتقدم عليه الغير الذى قيد حقه أو سجله قبل قيد الرهن الرسمى . أما إذا كان قيد الرهن الرسمى قبل قيد الحق العينى التبعى أو قبل تسجيل الحق العينى الأصلى ، أو وقع قيد الرهن الرسمى مطلقا وذلك بالنسبة إلى الدائنين العاديين ، فعند ذلك يتقدم الدائن المرتهن رهنا رسميا على صاحب الحق العينى التبعى وعلى الدائن العادى ، وكذلك يتتبع العقار المرهون فى يد من انتقلت إليه ملكية [١].

والأحكام السابقة لا تخل بالأحكام المقررة فى الإفلاس .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة التالية بند ١٨١) .

١٦٨ـ تحويل حق مضمون بقيد والحق الناشئ عن الحلول والتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " لايصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من

---

(١) السنهورى ص ٣٣٨ .

حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى " .

فإذا تمسك الدائن المرتهن بتحويل حقه فى الرهن للغير ، وجب عليه أن يؤشر بهذا التحويل في هامش القيد الأصلي لرهنه ، وكذلك يجب التأشير فى هامش القيد الأصلى للرهن بحلول شخص آخر محل الدائن المرتهن رهنا رسميا حلولا قانونيا أو حلولا اتفاقيا ، وكذلك بالتنازل عن مرتبة القيد الأصلى لمصلحة دائن آخر متأخر فى المرتبة أو دائن عادى .

وعلى هذا تنص المادة ١٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى على أن : " لايصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهنه ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ولا التمسك كذلك بمحو القيد أو بالتنازل عن مرتبة القيد إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى ".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ٢/١٠٥٣ من القانون المدنى على أنه لايصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ عن حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو

بالاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى ، وهو نفس المعنى الذى تنص عليه المادة ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ومفاد هذا النص أن من يحل محل الدائن المرتهن فى الحق المضمون بالرهن لايجوز له أن يتمسك بالرهن فى مواجهة الغير إلا بالتأشير على هامش القيد الأصلى بما يفيد هذا الحلول ، ولا شأن لذلك بنفاذ الحلول فى مواجهة الغير " .

(طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢)

مادة (١٠٥٤)

يتبع فى إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتب على ذلك كله ، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقارى .

الشرح

١٦٩- الرجوع فى أحكام القيد إلى قانون تنظيم الشهر العقارى :

أحالت المادة إلى قانون تنظيم الشهر العقارى فى بيان إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله .

وقانون تنظيم الشهر العقارى السارى الآن هو القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (المعدل).

ونعرض لهذه الأحكام فى البنود التالية .

١٧٠- كيفية إجراء القيد :

١- الجهة المختصة بإجراء القيد :

الجهة المختصة هى مكتب الشهر العقارى الكائن فى دائرته العقار . فإذا كان العقار المرهون واقعا فى دوائر عدة مكاتب ، وجب إجراء القيد فى كل مكتب منها (م٥ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) . ولا يكون للقيد الحاصل فى أحد هذه المكاتب أثر إلا بالنسبة للعقارات أو أجزاء العقارات الواقعة فى دائرة اختصاصه

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" مفاد المادة ٦١٦ من قانون المرافعات السابق والتى اتخـذت إجراءات التنفيذ فى ظله – والتى تقابلها المادة ٤٠٥ مـن القـانون القائم أن العبرة فى نفاذ تصرف المدين فى العقار المنفـذ عليـه أو عدم نفاذه فى حق الحاجزين عموما ومن حكم بإيقاع البيع عليـه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو بشـهر التصـرف أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فإذا ما شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه كان نافذا ، فى حق هؤلاء أما إذا لم يشـهر إلا بعـد تسجيل التنبيه أو لم يشهر على الإطلاق فلا يسرى فى حقهم ولـو كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه إلا أن منـاط ذلـك أن يكـون تسجيل التنبيه قد تم وفقا لما رسمه القانون ومن ذلك أن يحصـل- وفق ما تنص عليه المادة ٣/٦١٣ من قانون المرافعـات السـابق والتى تقابلها المادة ١/٤٠٢ من القانون القائم – فى مكتب الشـهر الذى يقع فى دائرته العقار المبين فى التنبيه ، لأنه إذا كان العقـار لايعتبر محجوزا إلا من يوم تسجيل التنبيه فقد أوجب المشـرع أن يتم ذلك فى مكتب الشهر العقارى الذى يتبعه العقار ورائد المشرع فى هذا هو حماية الغير الذى يتعامل فى العقار مع المحجوز عليـه بعد الحجز فيستطيع أن يقف بمجرد اطلاعه على السجل فى مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته العقار وتم فيه تسجيل التنبيـه علـى أن

العقار قد حجز وأن التصرف الحاصل بشأنه من المحجوز عليه لا يكون نافذا الأمر الذى يترتب عليه أن تسجيل التنبيه فى غير هـذا المكتب يجعله هابط الأثر ولايحتج به على من تعامل مـع المـدين المنفذ ضده بشأن هذا العقار بعد التسجيل وهو ما أكده قانون تنظيم الشهر العقارى الصادر برقم ١٩٤٦/١١٤ بعد ما أسند فى الفقـرة الأولى من المادة الخامسة منه إلى كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره شهر المحررات المتعلقة بالعقارات التـى تقـع فـى دائـرة اختصاصه حيث نص فى الفقرة الثالثة منها على أنـه " ولا يكـون للشهر الذى يتم فى أحد هذه المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقـارات أو أجزاء العقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه " .

(طعن رقم ١٥٨٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/٢/٢٧)

١٧١- من الذى يطلب القيد ؟

تنص المادة (٢٠) من قانون تنظيم الشـهر العقارى على أن : " تتم إجراءات الشهر فى جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم " .

وذوو الشأن فى طلب القيد هم :

١- الدائن المرتهن أو من ينوب عنه ، سواء بوكالة اتفاقيـة أو نيابة قانونية كالولى أو الوصى أو القيم أو قضائية كأمين التفليسة .

ويصح الاستناد للوكالة العامة لإجراء القيد لأنه لايعد من أعمال

التصرف (م٧٠١ ، ٢٠٢ مدنى) . كما يجوز لدائنى الدائن المرتهن أن يطلبوا قيد الرهن المقرر لمصلحته بما لهم من حق فى استعمال حقوق مدينهم ، إذا هو قعد عن استعمالها حيث تتوافر شروط مباشرة الدعوى غير المباشرة (م٢٣٥ مدنى) .

وكذلك لورثة الدائن المرتهن أن يطلبوا – بوصفهم خلفا عاما له – إجراء القيد .

وإذا حول الدين المضمون بالرهن جاز للمحال إليه طلب القيد باسمه .

كما يجوز للراهن أن يطلب القيد على اعتبار أنه يفيد من قيده من جهة اتساع سلطاته فى التصرف فى العقار المرهون دون خشية الرجوع عليه بالضمان .

ويجوز أن يتم القيد بواسطة فضولى إذا توافرت شروط الفضالة.

غير أنه لايجوز لمكتب الشهر العقارى أن يجرى القيد من تلقاء نفسه .

ولايشترط الأهلية الكاملة فى الدائن طالب القيد ، لأنه عمل نافع نفعا محضا ومن ثم فيكتفى فيمن يجريه أن يكون مميزا [(١)].

---

(١) همام محمد زهران ص ٤٣٥ – الدكتور نعمان محمد جمعه الحقوق العينية ١٩٩٩ – ٢٠٠٠ ص ٣٦ .

١٧٢- ضد من يكون القيد ؟

القيد يجرى فى ظل نظام الشهر الشخصى منسوبا إلى الشخص الذى صدر منه التصرف .

ومن ثم يجرى قيد الرهن – فى ظل النظام الشخصى على اسم الراهن ، سواء كان هو المدين أو الكفيل العينى . وإذا توفى الراهن قبل القيد ، كان على المرتهن قيد الرهن على اسم ورثته (الخلف العام) .

وذلك على عكس النظام العينى للشهر الذى يتم القيد فيه منسوبا للعقار محل التصرف بغض النظر عن مالكه أو المتصرف بحيث يخصص لكل عقار صحيفة عينية تقيد فيها جمع التصرفات الواردة عليه ومن مجموع هذه الصحائف يتكون السجل العينى .

١٧٣- كيفية القيد :

لإتمام القيد لابد من المرور بمرحلتين : المرحلة التمهيدية والمرحلة النهائية :

(أ) المرحلة التمهيدية :

وتتم أمام مأمورية الشهر العقارى . وفيها يتم إعداد المحرر المطلوب شهره والتأكد من صلاحيته للشهر (مقبول للشهر) .

فيقدم طلب القيد على النموذج المعد لذلك موقعا عليه من الطالب . (م٢٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) .

وتدون الطلبات على حسب تواريخ وساعات تقديمها بدفتر معد لذلك بالمأمورية (م٢٥) .

وتعيد المأمورية للطالب نسخة من الطلب مؤشرا عليها برأيها فى إجراء الشهر أو ببيان ما يجب أن يستوفى فيه ، فإذا لم يتقدم الطالب لتسلم هذه النسخة خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليها أرسلت إليه فى محل إقامته المبين فى الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول (م٢٦) .

وإذا قدم للمأمورية أكثر من طلب فى شأن عقار واحد وجب عليها أن تبحث هذه الطلبات وفقا لأسبقية تدوينها فى الدفتر المعد لذلك وأن تنقضى بين إعادة الطلب السابق مؤشرا عليه بالقبول وإعادة الطلب اللاحق مؤشرا عليه بذلك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما . وعلى ألا تجاوز هذه الفترة سبعة أيام . وإذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر فى شأن عقار واحد وجب أن تنقضى بين إعادة مشروع المحرر السابق مؤشرا عليه بصلاحيته للشهر وإعادة مشروع المحرر اللاحق مؤشرا عليه بذلك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا تجاوز هذه الفترة خمسة أيام .

وتحسب الفترات المتقدم ذكرها عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المحرر مؤشرا لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال (م٣٣) .

ولمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجها له ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبه بسبب ذلك أن يتقدم بالمحرر نفسه أو بالمحرر مصحوبا بالقائمة على حسب الأحوال وذلك فى خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار الاستيفاء أو السقوط إليه ويطلب إلى أمين المكتب إعطاء هذا المحرر أو القائمة رقما وقتيا بعد أداء الرسم وتوثيق المحرر أو التصديق على التوقيعات فيه إن كان من المحررات العرفية وبعد إيداع كفالة قدرها نصف فى المائة من قيمة الالتزام الذى يتضمنه المحرر على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات ويجب أن تبين فى الطلب الأسباب التى يستند إليها الطالب .

وفى هذه الحالة يجب على أمين المكتب إعطاء المحرر أو القائمة رقما وقتيا فى دفتر الشهر المشار إليه فى المادة ٢١ ودفاتر الفهارس وأن يرفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع المكتب فى دائرتها .

ويصدر القاضى بعد سماع إيضاحات صاحب الشأن ومكتب الشهر العقارى قرارا مسببا خلال أسبوع من رفع الأمر إليه بإبقاء الرقم الوقتى بصفة دائمة أو بإلغائه تبعا لتحقق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لشهر المحرر أو القائمة .

ويكون القرار الصادر فى هذا الشأن نهائيا (م ٣٥) .

(ب) المرحلة النهائية :

متى أشر على الطلب بقبول إجراء الشهر . يقدم صاحب الشأن مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب ويعد بالمأمورية دفتر تدون فيه مشروعات المحررات على حسب تواريخ وساعات تقديمها .

وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به ، فإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المحرر فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه أرسل إليه فى محل إقامته المبين فى الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول (م٢٨) .

ثم تقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التى تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيتها للشهر بعد توثيقها (م٢٩) .

ويجب أن يقرن بالمحرر عند تقديمه لمكتب الشهر قائمة تشتمل على البيانات المنصوص عليها بالمادة (٣٠) .

(أنظر هذه البيانات بالبند التالى) .

ويتم قيد الرهن فى دفتر الشهر الذى تثبت فيه المحررات والقوائم على حسب الأحوال بأرقام متتابعة وفقا لتواريخ وساعات تقديمها (م٣١) .

ويحصل التأشير بما يفيد الشهر على قوائم القيد ، ويتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الإجراءات طبقا للائحة التنفيذية (م ٣٢) .

وتنص المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى على أن : " يقوم مكتب الشهر بحفظ أصول المحررات أو القوائم التى تم بشهرها بحسب أرقامها المتتابعة . وإذا كان المكتب مختصا بالنسبة إلى أكثر من مديرية أو محافظة وجب أن تفرد أرقام متتابعة قائمة بذاتها لكل مديرية أو محافظة .

وقد كفلت اللائحة التنفيذية للقانون كيفية التعرف على ما يشهر من حقوق فى شأن العقارات . فأوجبت أن يعد بكل مأمورية مجموعة من أحدث طبعة من الخرائط الخاصة بكل ناحية أو مدينة داخلة فى دائرة اختصاصها وتبين فى هذه الخرائط العقارات التى شهرت فى شأنها محررات ابتداء من أول يناير سنة ١٩٢٤ وكذلك العقارات التى قدمت عنها طلبات ولم يتم شهر المحررات المتعلقة بها .

ونصت المادة (١١) على أن يؤشر فى الخرائط المشار إليها فى المادة السابقة بأرقام وسنة طلبات الشهر التى تقدم للمأموريات فى الجزء الذى يتعلق الطلب بها .

وبعد إتمام شهر المحرر الذى قدم الطلب فى شأنه يؤشر فى الخرائط برقم شهر المحرر والسنة التى تم فيها .

ويستعمل فى هذين النوعين من التأشير مدادان مختلفا اللون .

ويقوم بإجراء التأشير سالف الذكر قلم الاستعلامات الهندسى بناء على طلب المأمورية وتحت إشرافها (م١٢) .

١٧٤- البيانات الواجب ذكرها فى القائمة المقترنة بطلب القيد :

نصت على هذه البيانات المادة (٣٠) من قانون تنظيم الشهر العقارى وهى :

١- اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل إقامته ومحله المختار فى دائرة المحكمة فإن لم يختر له محلا صح إعلان الأوراق إليه فى قلم كتاب المحكمة .

ولايغنى عن اتخاذ الدائن لمحل مختار له فى دائرة المحكمة أن يكون له موطن عام فى ذات دائرة المحكمة ، إذ قد يغير الدائن هذا المحل الحقيقى فلا يعيب التغيير هذا المحل المختار .

والغرض أيضا من اختيار المحل المختار تيسير إعلان الدائن بما يراد إعلانه به ، كما لو أراد الحائز أن يوجه له إعلانا برغبته فى تطهير العقار (م١٠٦٥ مدنى) أو تخليته (م١٠٧١ مدنى) بغير اضطرار إلى متابعة الدائن فى موطنه العام الذى قد يتغير فى غفلة منه .

ويجوز للدائن المرتهن أن يغير محله المختار بآخر فى دائرة العقار المرهون ، إذا أشر بهذا التغيير فى هامش القيد ، ويجوز ذلك أيضا لمن حول إليه الدين المضمون[١] .

٢- اسم المدين أو المالك الذى رتب الحق على ملكه إذا كان غير المدين ، ولقبه وصناعته ومحل إقامته :

---

(١) السنهورى ص ٣٤٨ – همام محمد زهران ص ٤٤٠ ومابعدها .

وأهمية هذا البيان ترجع إلى أن دفاتر الشهر العقارى منظمة على أساس شخصى لا عينى على عكس السجل العينى - فالتصرفات تثبت فيها على أسماء من صدرت منهم لا على العقارات ذاتها ، وكل نقص أو تحريف فى الاسم يؤدى إلى عدم الاستدلال على التصرف عند البحث عنه ، فيجب أن يكمل البيان الخاص بالراهن المنصوص عليه بالمادة ١/٢٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى ، وهو ذكر اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه [١].

وإذا تم القيد على اسم ورثة المدين الراهن فإنه يجب ذكر أسمائهم واحدا واحدا وذكر البيانات الخاصة بكل منهم ، على اعتبار أن معرفة اسم المالك هو وحده الذى يعين على الكشف عن الحالة القانونية للعقار وما يثقله .

٣- تاريخ السند والجهة التى تم أمامها أو صدر منها :

والغرض من ذكر تاريخ السند التحقق من توافر أهلية التصرف للراهن وقت الرهن ، وذكر الجهة التى تم أمامها أو صدر منها يفيد فى التحقق من اختصاص تلك الجهة بتحرير عقد الرهن .

٤- مصدر الدين المضمون ومقداره كاملا وميعاد استحقاقه :

وذكر مصدر الدين المضمون يحقق تخصيص الدين المضمون فى قائمة القيد كما خصص فى عقد الرهن . إذ أن تحديد مصدر الدين ييسر التحقق من صحته وبقائه لما هو معلوم من أن الرهن ينقضى تبعا لانقضاء الدين المضمون .

---

(١) سليمان مرقس ص ١٥٨ .

كما يفيد بيان مصدر الدين المضمون فى تحديد ذاتية الدين المضمون عند تعدد الديون بين الراهن والمرتهن ويفوت على المدين فرصة محاباة أحد دائنيه ممن هو مدين لهم بأكثر من دين من مصادر مختلفة ، أحدهم مضمون برهن سدده المدين حيث قد يدعى الراهن عدم سداد الدين المضمون بالرهن ويسمح للمرتهن باستخدام الرهن ضمانا لدين من الديون الأخرى التى تسدد بالمخالفة لأحكام المادتين ١٠٤١ ، ١٠٤٢ مدنى (١).

وفائدة بيان مقدار الدين كاملا ، بذكر أصله وملحقاته مثل الفوائد المستحقة وقت القيد ، تظهر أهمية بالنسبة للمتعاملين مع الراهن سواء كان دائنا جديدا يطلب المدين ائتمانه مقابل تقرير رهن له على عقار سبق رهنه ضمانا لدين آخر فيعنيه معرفة صلاحية العقار لتقديم ضمان فعال لدينه أو سواء كان مشتريا لعقار مرهون ويفيده معرفة قدر الديون التى يضمنها العقار حيث أجاز له القانون أن يقضيها عن المدين ويحل محل الدائنين فيها (٢).

وفائدة بيان ميعاد الاستحقاق أن يعلم الغير ما إذا كانت هناك فوائد حالة أو على وشك الحلول . كما يتيح لمن يطلع على الرهن معرفة مصير الدين والتحقق من أن المدين قد قام بالوفاء به .

---

(١) همام محمد محمود زهران ص ٤٤١ هامش (٣) .

(٢) السنهورى ص ٣٥٠همام محمد زهران ص ٤٤١ هامش (٣) ومابعدها .

٥- بيان يتضمن تعيين العقار الذى رتب عليه الحق تعيينا دقيقا :

وهذا البيان فصلته المادة ٢٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى بنصها على البيانات اللازمة والمفيدة فى تعيين العقار وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده فإن كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية فيها وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد ".

ويلاحظ أن ما جاء خاصا بالعقار المرهون والدين المضمون يعتبر تطبيقا لمبدأ تخصيص الرهن . على أن التخصيص الوارد فى عقد الرهن لا يغنى عن ذكر هذه البيانات فى قائمة القيد ، ففى عقد الرهن التخصيص شرط لازم لانعقاده ، أما فى قائمة القيد فالبيانات واجبة لسريان الرهن على الغير .

كما يجب فى جميع البيانات التى تذكر فى قائمة القيد أن تكون مطابقة لما ورد فى عقد الرهن ، وإلا فلا يعول عليها . ولذلك أوجب القانون إرفاق صورة عقد الرهن التنفيذية بطلب إجراء القيد (م٣٠) [١]

---

(١) سليمان مرقس ص ١٥٩ .

١٧٥ـ جزاء إغفال بيانات قائمة القيد أو الخطأ فيها :

تنص المادة ٤١ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن :

" لايترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة الثلاثين بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير .

ولايجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو تنقص من أثره تبعا لطبيعة الضرر ومداه " .

وعلى ذلك لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة (٣٠) بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير . ومثال ذلك إذا لم يذكر لقب الراهن أو صناعته ولم يترتب على هذا شبهة حول ذاتيته .

والقاضى هو الذى يقدر مدى الضرر المدعى به .

وإغفال بيان أو الخطأ فيه لا يترتب عليه بطلان القيد بقوة القانون ، بل يجب أن يتمسك به من لحقه ضرر والذى عليه إثبات ما يدعيه كما يجوز لورثته أو دائنيه التمسك به [1].

والبطلان ليس جزاء وجوبيا على إغفال البيان أو الخطأ فيه ، فللمحكمة بدلا من القضاء بالبطلان أن تنقص من أثر العقد تبعا لطبيعة الضرر ومداه .

---

(١) همام زهران ص ٤٤٣- الدكتور محمود شوقى الشهر العقارى علما وعملا إعداد وتقديم فتحى جابر العقيلى سنة ١٩٩٠ ص ١٥١ .

فيقتصر مثلا على بعض العقارات المرهونة دون البعض أو على ما ذكر من مقدار للدين أقل من الدين الحقيقى الوارد بالعقد ، حتى ولو كان الغير يعلم بمقدار الدين الحقيقى (م٤٢) ، لأن الشهر هو الوسيلة القانونية الوحيدة التى يثبت بها علم الكافة بما يثقل العقار من أعباء .

ولما كان المقصود من القيد – المستوفى للبيانات المستلزمة قانونا – إعلان الغير بالحق المضمون بالرهن وبنطاق الضمان المقدم ، فإن الجزاء على تخلف أو الخطأ فى بيان من بياناته ، يتحدد بحسب تأثيره على تحقيق القيد لوظيفته بالنسبة للغير ، بحيث لايحتج على الغير إلا بما وفره له القيد من علم عن الحق المشهر وبحيث لايضار من الخطأ فى القيد[١] .

١٧٦ـ جزاء عدم الدقة فى ذكر مقدار الدين المضمون :

تنص المادة ٤٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن : " يقتصر أثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المستحق أيهما أقل ".

وهذا النص خاص بالخطأ أو عدم الدقة فى ذكر مقدار الدين المضمون .

---

(١) همام محمد زهران ص ٤٤٤ .

فإذا كان مبلغ الدين المضمون بالرهن هو ٥٠٠٠ جنيه وذكر هذا المبلغ على حقيقته فى قائمة القيد ، تطابقت القائمة مع الحقيقة ووجب الأخذ بهذا المبلغ كما هو .

وإذا ذكر فى القائمة مبلغ أقل من ٥٠٠٠ جنيه ، كأن ذكر مثلا مبلغ ٤٠٠٠ جنيه كانت العبرة بما ذكر فى القائمة واعتبر مقدار الدين بالنسبة إلى الغير هو ٤٠٠٠ جنيه فقط .

وإن ذكر فى القائمة مبلغ أكثر بأن ذكر مثلا ٦٠٠٠ جنيه كانت العبرة هنا بمقدار الدين الحقيقى المستحق على المدين وهو ٥٠٠٠ جنيه[١] .

١٧٧- تصحيح البيانات الخاطئة :

الوسيلة الوحيدة لتصحيح أو تدارك ما أغفل من بيانات ، هى إجراء قيد جديد .

ولكن مثل هذا القيد لا يكون له أثر إلا بالنسبة إلى المستقبل فلا يكون له أثر رجعى بالنسبة إلى القيد السابق .

وإذا حوى القيد المصحح كل البيانات المطلوبة للقيد فإن قوته تكون مستقلة عن القيد الأول ، خصوصا بالنسبة إلى ميعاد عشر السنوات التى يسقط بها [٢].

---

(١) السنهورى ص ٣٥١ ومابعدها – محمد شوقى ص ١٥٣ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٨٦ .

١٧٨- ميعاد القيد :

لم يحدد القانون للدائن المرتهن ميعادا لإجراء القيد فيجوز إجراء القيد فى أى وقت بعد انعقاد الرهن ، غير أن مصلحة الدائن المرتهن توجب عليه المبادرة إلى إجرائه حتى لا يسبقه إليه غيره من الدائنين المرتهنين فيكسبون أولوية عليه ، بل إن هناك خطرا يهدده إذا أبطأ فى طلب القيد ، إذ قد يقع فى هذه الأثناء حادث من الحوادث التى توقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه [١].

١٧٩- الحوادث التى توقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه :

يقف إجراء القيد أو يمتنع نفاذه – فى حق بعض الأشخاص على الأقل – إذا وقع قبل إجرائه أحد الحوادث الآتية :

١- تسجيل تصرف ناقل لملكية العقار المرهون .

٢- تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون .

٣- شهر إفلاس الراهن .

٤- شهر إعسار الراهن .

٥- موت الراهن .

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى :

١- تسجيل تصرف ناقل لملكية العقار المرهون :

إذا تصرف الراهن فى العقار المرهون وسجل التصرف قبل قيد الرهن ، ترتب على ذلك خروج العقار المرهون من ملك الراهن

---

(١) سليمان مرقس ص ١٦١ – محمد لبيب شنب ص١١٧ .

وانتقاله إلى المتصرف إليه خالصا من الـــرهن . وكـــذلك إذا بيـــع العقار جبرا وسجل حكم مرسى المزاد قبل قيد الرهن ، وقيد الدائن رهنه بعد ذلك لم يكن للقيد أى أثر بالنسبة للمتصرف إليه .

وقد رأينا أن المادة (١٠٥٣) تنص على أن : " لا يكون الرهن نافذا فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبـــل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار .. " .

ومتى كان قيد الرهن غير مجد ، وجب منعه حتـــى لا تشـــحن السجلات والفهارس بقيود معدومة الأثر لا يكون من ورائها ســـوى تعقيد البحث فى السجلات عن القيود ذات الأثر .

ويلاحظ أنه إذا تم قيد الرهن وتسجيل التصرف الناقل الملكيـــة فى يوم واحد ، نفذ المتقدم منهما فى الترتيب دون الآخر .

ولكى يسهل تطبيق ذلك نصت المادة ٣١ مـــن قـــانون تنظـــيم الشهر العقارى على أن :

" يعد بالمكتب دفتر للشهر تثبت فيه المحررات وقوائم القيد على حسب الأحوال بأرقام متتابعة وفقا لتواريخ وساعات تقديمها ".

٢- تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون :

عند قيام الدائن الحاجز بتسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون ، تمهيدا لبيعه بالمزاد ، فإن كل قيد لأى حق عينى يـــتم بعـــد هـــذا التاريخ ، لا يكون ساريا فى حق الدائن الحاجز ولا فـــى حـــق أى دائن أصبح طرفا فى الإجراءات .

وبالتالى فإن الدائن المرتهن الذى تراخى فى قيد الرهن حتى تم تسجيل تنبيه نزع الملكية ، لا يستطيع الادعاء بأى أفضلية فى مواجهة الدائنين الحاجزين أو الدائنين الذين يعتبرون طرفا فى الإجراءات . ومن ثم فلا جدوى من القيد .

وقد نصت المادة (٤٠٥) مرافعات على أن :

" لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العينى فى العقار ولاينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ولا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية " .

١٨٠- شهر إفلاس الراهن :

١- لايجوز التمسك فى مواجهة جماعة الدائنين بكل رهن أو تأمين اتفاقى آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضمانا لدين سابق على التأمين ، وذلك إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس . إذ تنص المادة ٥٩٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه : " لايجوز التمسك فى مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات التالية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس ...

(د) كل رهن أو تأمين اتفاقى آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضمانا لدين سابق على التأمين ".

٢- حقوق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص المقـــررة علـــى أموال المدين يجوز الحكم بعدم نفاذها فى مواجهة جماعة الـــدائنين إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع ، وبعد انقضاء ثلاثين يومـــا من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص .

(م ١/٦٠١ من قانون التجارة) .

٣- إذا حكم بعدم نفاذ أى تصرف فى حق جماعة الدائنين التزم المتصرف إليه بأن يرد إلى التفليسة ما حصل عليه مـــن المفلـــس بمقتضى هذا التصرف أو قيمة الشئ وقت قبضه ، كما يلزم بـــدفع عوائد ما قبضه أو ثماره من تاريخ القبض .

(م ١/٦٠٢ من قانون التجارة) .

٤- شهر إعسار الراهن :

نظم القانون المدنى الجديد الإعسار بما يكفل المساواة فعلا بين الدائنين . فنص فى المادة ٢٥٧ منه على أنـــه : " متـــى ســـجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى فى حق الـــدائنين أى تصـــرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماتـــه ، كما لايسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين " .

ونص فى المادة ٢/٢٥٦ على أنه : " لايجوز أن يحـــتج علـــى

الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل " .

ويؤخذ من هذين النصين أن كل تصرف يصدر من المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ويكون من شأنه تسوئ حالة المدين وكل اختصاص يؤخذ على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لايكون نافذا فى حق دائنيه الذين كانت لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . ولأن الرهن لايختلف عن الاختصاص يمكن القول أن قيد الرهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لاينفذ فى حق الدائنين الذين ترجع حقوقهم إلى ما قبل ذلك التسجيل[1] .

ولكن لاينبنى على ذلك أن قيد الاختصاص وقيد الرهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكونان عديمى الجدوى أصلا حتى يقال بوقف إجرائهما ، بل تبقى لهما فائدة فيما إذا انتهت حالة الإعسار وكان المدين قد التزم بديون جديدة بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . فإن حق الاختصاص وحق الرهن اللذين قيدا بعد ذلك التسجيل ينفذان فى حق الدائنين الجدد ، كما ينفذ الرهن والاختصاص اللذان يقيدان بعد شهر إفلاس التاجر فى حق دائنيه

(١) سليمان مرقس ص ١٦٦ ومابعدها – السنهورى ص ٣٦٠ – نعمان جمعه ص ٤٣ – همام محمد زهران ص ٤٥٦ .

الذين يستجدون بعد الصلح . لذلك ينبغى القول بأن تسجيل صحيفة دعـوى الإعسـار – ولـو أنـه لايقـف إجـراء قيـد الرهـون والاختصاصات – يمنع نفاذ القيود الجديدة فى حق الدائنين الـذين لهم حقوق سابقة على ذلك التسجيل ولو كانوا دائنين عاديين[1] .

ولكن ثار الخلاف فى الفقه حول مدى نفاذ حق الـرهن الـذى سبق أن رتبه المدين المعسر قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسـار ولكن تأخر قيده إلى ما بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فـى حق الدائنين .

فذهب رأي إلى أن هذا الرهن لا ينفذ فى حق هؤلاء الـدائنين قياسا على ما قررته الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ فيما قضت به من عدم جواز الاحتجاج بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعـد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

غير أن الرأى الغالب فى الفقه يذهب إلى نفاذ هذا الرهن فـى مواجهة الدائنين أصحاب الحقوق السابقة – الثابتة التاريخ – علـى تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . وذلك استنادا إلى ما يأتى :

١– ما جاء بالمادة ١/٢٥٦ من السماح للـدائنين مـن اتخـاذ إجراءات فردية ضد المدين " رغم شهر الإعسار" ، مقتضاه حـق كل منهم فى اتخاذ الإجراءات التنفيذية وصولا لاقتضاء حقه . وفى

(١) سليمان مرقس ص ١٦٧ ومابعدها – نعمان جمعه ص ٤٣ ومابعدها .

نفس الوقت امتناع السماح لأى منهم بأن يسعى للحصول على حق عينى تبعى لم يكن له قبل شهر الإعسار فيتميز به عن غيره . ولما كان الفرض الذى أمامنا أن الدائن حصل فعلا على حقه فى الرهن قبل شهر الإعسار ، فإن إجرائه للقيد لاحقا لحصول شهر الإعسار لايعتبر سعيا منه للحصول على ميزة لم تكن له .

٢- أن المادة ٢٥٧ مدنى تمنع أن يصدر عن المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار كل ما من شأنه إنقاص حقوقه أو زيادة التزامه أو الوفاء الاختيارى بدين من ديونه أو تقرير ضمانة لأحد دائنيه - لم تكن له - تميزه على غيره لدى اتخاذه الإجراءات التنفيذية .

أما الفرض الذى أمامنا فإن الرهن سبق ترتيبه قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار فى وقت لم يكن هناك ما يمنع سواء المدين أو الدائن من الحصول على ضمان خاص . أما ما تم لاحقا لذلك فهو القيد فقط ، وهو يتم من جانب المرتهن وليس الراهن حتى يسوغ القول بعدم سريانه فى مواجهة باقى الدائنين .

وبحيث لا ينعى على الراهن إن صدر منه بعد إعساره ما يقصد به الإضرار بباقى الدائنين .

٣- أن ما ورد بالفقرة الأولى من المادة ٢٥٦ من أنه : " لايجوز أن يحتج به على الدائنين الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل

صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل " يقصد به الحالة الغالبة فى العمل التى يسعى فيها الدائن صاحب الحق الثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار إلى التميز عن غيره من الدائنين بالسعى – بمقتضى ما تحت يده من سند تنفيذى – للحصول على حق اختصاص على عقار من عقارات مدينه الذى أشهر إعساره . بحيث يتم الحصول على الاختصاص وقيده جميعا بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

يؤيد ذلك أن " تعبير أخذ حق الاختصاص " لايصدق على قيده وإنما يصدق على تقريره وترتيبه . ولما كان ذلك هو الفرض الذى قصد إليه المشرع فإنه لا يصح استخدام القياس توصلا لمنع قيد الرهن السابق الحصول عليه قبل شهر الإعسار [١].

١٨١ـ موت الراهن :

إذا كسب الدائن حق الرهن فى حياة الراهن ولم يقيده ومات الراهن ، فقد انقسم الرأى فيما إذا كان قيد الرهن بعد وفاته يحتج به فى مواجهة سائر دائنى المورث من عدمه .

فذهب البعض إلى أنه إذا توفى الراهن ، فإنه طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تبقى التركة على حالتها التى كانت أثناء حياة المورث ، فلا تتعلق بها حقوق لم تكن موجودة قبل الوفاة

---

(١) همام محمد زهران ص ٤٥٧ ومابعدها .

ولايستطيع أحد الدائنين أن ينشأ لصالحه أولوية لم تكن له فيما مضى . ومن ثم فإن الدائن المرتهن إذا لم يكن قد قام بقيد حقه قبل وفاة الراهن لايمكن أن يستفيد من القيد الحاصل بعد ذلك ولا يكسبه أولوية على الدائنين العاديين .

وأن المشرع قد طبق هذا المبدأ فى حالة الاختصاص فنص فى الفقرة الثانية من المادة (١٠٨٥) على أنه :

" لايجوز للدائن بعد موت المدين أخذ الاختصاص على عقار فى التركة "[1] .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن حق الرهن الذى سبق تقريره قبل وفاة الراهن لا يمتنع قيده بعد الوفاة وينفذ بمقتضى هذا العقد فى مواجهة سائر دائنى المورث [2].

واستندوا فى ذلك إلى الأسباب الآتية :

١- أنه لا يجوز القياس على ما ورد فى الفقرة الأولى من المادة (١٠٨٥) لأن هذا النص يواجه الفرض الذى يسعى فيه الدائن بعد وفاة مدينه إلى الحصول على حق اختصاص على عقارات من عقارات مدينه المتوفى ليتميز عن غيره من الدائنين

(١) محمد على إمام ص ٢٩٦ – سليمان مرقس ص ١٦٨ .
(٢) السنهورى ص ٣٦٢ ومابعدها – رمضان أبو السعود وهمام زهران ص ٣٥٦ ومابعدها – أحمد سلامه ص ٢١٨ ومابعدها .

وهو ما منعه المشرع . لكنه لم يمنع قيد الاختصاص السابق الحصول عليه قبل الوفاة ومن ثم من غير الجائز منع المرتهن من قيد حقه فى الرهن استنادا لهذا النص . لأن الدائن المرتهن لا يسعى للحصول على اكتساب أفضلية بسبب لاحق على الوفاة بل إن أفضليته فى الحقيقة مستندة لسبب سابق على الوفاة وما القيد إلا إجراء لشهره ولنفاذه وليس للاستحصال عليه .

٣- أنه ليس من شأن وفاة المدين التسوية بين جميع الدائنين بل يظل كل منهم محتفظا بأفضليته التى اكتسبها قبل الوفاة .

٤- أنه ليس فقط للدائن المرتهن أن يقيد حقه بل له أن يستعين بالراهن فى كل ما يلزم لتيسير إجرائه .

وهذا الالتزام ينتقل إلى ورثة الراهن بعد وفاته باعتبارهم خلفا عاما لمورثهم الراهن . ومن ثم فإن وفاة الراهن لاتمنع استمرار حق المرتهن على العقار ولا تحول بينه وبين قيده بما يجعله نافذا فى مواجهة جميع دائنى الراهن [1].

١٨٢- القيود التى يقف إجراؤها أو يمتنع نفاذها بعد وقوع تلك الحوادث السابقة :

لأن الحكمة من وقف القيود أو منع نفاذها فى الأحوال التى أوردناها فى البند السابق هو منع الدائن الذى لم يشهر حقه قبل

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٣٥٦ ومابعدها .

وقوع أحد هذه الحوادث التى يترتب عليها تعلق حق الغير بالعقار المرهون من أن يكسب أولوية على غيره بشهر هذا الحق بعد وقوع الحادث ، فالقيود التى يمتنع إجراؤها إذن هى القيود الجديدة أى التى يترتب عليها شهر حق لم يكن مشهرا من قبل .

وبناء على ذلك لايقف قيد التجديد ولا قيد الفوائد .

أما قيد التجديد فيجوز إجراؤه حتى بعد وقوع أحد هذه الحوادث . وذلك لأنه لايشهر حقا جديدا بل يقتصر أثره على أن يحتفظ للحق السابق قيده مرتبته التى كسبها بالقيد الأول بشرط حصوله قبل سقوط القيد الأول .

أما قيد الفوائد التى تستحق بعد وقوع الحادث الذى يقف القيد ، فإنه لا يمتنع إلا فى حالة تسجيل تصرف الراهن فى العقار المرهون لأن انتقال ملكية هذا العقار إلى المتصرف إليه يمنع تحميله بديون نشأت فى ذمة الراهن مادام لم يكن محملا بها وقت انتقال الملكية .

أما فى أحوال إفلاس الراهن أو إعساره أو موته أو تسجيل تنبيه نزع الملكية على العقار المرهون ، فيجوز قيد الفوائد لأن العقار يكون باقيا على ملك الراهن ولأن هذه الحوادث لاتمنع سريان الفوائد لمصلحة الدائنين ، ولأن الفوائد يكون منصوصا فى قيد الدين الأصلى على استحقاقها فيكون قيدها تجديدا لذلك الاستحقاق لا

قيدا جديدا ، وأخيرا لأن الدائن لايمكن أن ينسب إليه الإهمال في عدم قيد الفوائد قبل ذلك لأنها لم تكن مستحقه [1].

١٨٣ـ أثر القيد :

إذا تم القيد صحيحا على النحو الذى عرضناه فإنه ينتج أثره من حيث سريان الرهن فى حق الغير . ويترتب على ذلك أن الدائن المرتهن تكون له مرتبته من تاريخ القيد وساعته . فيفضل على من يلحقه فى الشهر ويلحق من سبقه . هذا فضلا عن تقدمه على الدائنين العاديين . والمادة (١٠٥٦) تنص على ذلك حيث تقرر أنه : " يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذى حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد ".

وتحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، حتى ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو دينا مستقبلا أو احتماليا . وهذا ما تقضى به المادة (١٠٥٧) .

وبالطبع يضمن الرهن بمرتبته كل ما ذكر فى القائمة من أصل وفوائدوملحقات ، ولكن بشرط أن يكون مستحقا للدائن عند التوزيع. فإذا كان قد استوفى منه شيئا اقتصر أثر القيد على المبلغ المستحق عند التوزيع . وهذا ما تقضى به المادة ٤٢ من قانون الشهر

---

(١) سليمان مرقس ص ١٧٠ ومابعدها .

العقارى إذ تنص على أنه : " يقتصر أثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المستحق أيهما أقل " . وإذا حصل قيد تكميلى للفوائد أو غيرها من الملحقات كانت له مرتبته من يوم إجرائه[1] .

وإذا كان أثر القيد هو جعل حق الرهن ساريا فى مواجهة الغير ، فهو لايتعدى هذا الأثر . فإذا كان عقد الرهن باطلا فلا يصححه القيد . وإذا كان المرهون عقارا معينا ، وذكر فى القيد أن الرهن يقع على هذا العقار وعلى غيره ، فلا يكون للقيد أثره إلا بالنسبة إلى العقار المرهون . وإذا كان الدين المضمون بالرهن هو ألف جنيه وذكر فى القيد أنه ألف وخمسمائة جنيه فلا يكون الرهن ساريا إلا بالنسبة إلى المبلغ المحدد فى العقد (م٤٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى)[2].

---

(١) محمد على إمام ص ٣٠٣ ومابعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٥٥ .

تجديد القيــد

١٨٤ـ وجوب تجديد القيد كل عشر سنوات :

أحالت المادة (١٠٥٤) مدنى فى شأن إجــراء تجديــد القيــد وآثاره إلى قانون تنظيم الشهر العقارى .

وتنص المادة ٤٣ من القانون الأخير على أن :

" يسقط القيد إذا لم يجدد فى خلال عشر ســنوات مــن تــاريخ إجرائه على أن للدائن أن يجرى قيدا جديدا إن أمكن ذلــك قانونــا تكون مرتبته من وقت إجرائه . وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذى أجرى فيه " .

ومفاد هذا النص أن القيد يفقد أثره بمضى عشر سنوات ميلادية.

ولايحسب فى هذه المدة اليوم الأول ويحسب اليوم الأخير ولــو كان عطلة رسمية فلو أن صاحب المصلحة لم يقم بتجديد القيد قبــل مرور هذه المدة لما أصبح الرهن حجة قبل الغير ولو كان عالمــا بوجود الرهن.

أى أن المرتهن يفقد أفضليته ولا يكون له حق تتبع العقار تحت يد الحائز .

وحكمة سقوط القيد إذا لم يتم تجديده ، هــو أن مــرور عشــر سنوات دون القيام بإجراء التجديد يكون قرينة على انتهاء الــرهن بوفاء الدين المضمون أو بأى سبب آخر . وبالتالى فإن سقوط القيد هنا يعتمد على إرادة ضمنية بشطب القيد . وكذلك يستند سقوط القيد

هنا إلى ناحية عملية . وهى تسهيل مهمة البحث في دفاتر الشـــهر العقارى لإعطاء بيانات عن الضمانات العينية المقيدة .

فسقوط القيد بعد مضى عشر سنوات يعنى عدم الحاجـــة إلـــى البحث فى دفاتر يزيد تاريخ القيد فيها على عشر سنوات . إذن على كل ذى مصلحة ، يرغب فى بقاء أثر القيد أن يقوم بتجديـــده فـــى خلال مدة عشر السنوات المذكورة .

وهذا التجديد يترتب عليه استمرار سريان الرهن فى مواجهـــة الغير وذلك اعتبارا من تاريخ القيد الأول . وبالتالى فكل تسجيل أو قيد يقع بين القيد وتجديده . يظل لاحقا فى المرتبة لهذا الحق الـــذى تجدد قيده .

ومع كل فانتهاء الدين المضمون أو الرهن الذى يضـــمنه بـــأى سبب من أسباب الانقضاء (تصرف قانوني أو واقعـــة قانونيـــة) يترتب عليه عدم الحاجة إلى تجديد القيد . فاســـتمرار أثـــر القيـــد بتجديده يصبح غير ذى موضوع ولا يترتب عليه أى أثر قانونى[١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إن عدم تجديد قيد الرهن فى الميعاد يجعله معـــدوم الأثـــر ، وليس يغنى عن التجديد أن يكون الحق المضمون بالرهن ثابتا بحكم فإن حجية الأحكام لاتتعدى أطرافها ، وهى فى حد ذاتها من غيـــر

---

(١) نعمان محمد جمعه ص ٤٤ ومابعدها . محمد لبيب شنب ص ١١٩ .

تسجيل لا تنشئ حقوقا عينية يحتج بها على الكافة . كذلك لايغنى أن يكون الغير عالما بحصول الرهن لأن القانون أوجب بصفة مطلقة إجراء التجديد لكى يبقى للرهن أثره فى حق الغير ، ولم يستثن إلا الحالة الواردة بالمادة ٥٧٠ مرافعات وهى الخاصة ببيع العقار أمام المحكمة بعد مضى المواعيد التى تجوز فيها زيادة العشر . وإذن فلحائز العقار إذا لم يجدد القيد أن يتمسك بسقوط الرهن بالنسبة له ولو كان عالما به ".

(طعن رقم ٦٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٦/١١)

ولايحول دون تجديد الرهن تصرف الراهن فى العقار المرهون وتسجيله لهذا التصرف أو أن يكون الراهن قد أشهر إفلاسه أو أن يكون أحد الدائنين – ولو كان عاديا – قد باشر إجراءات التنفيذ على العقار بتسجيل تنبيه نزع الملكية . لأن التجديد لا ينشئ وضعا جديدا للمرتهن بل يحافظ على ما يرتبه له القيد الأصلى من نفاذ لحقه وما ينشئه من مرتبة .

ولكنه لايكون واجبا إذا انقضى الحق سواء بالوفاء أو الإبراء أو التقادم أو غير ذلك إذ ينقضى الرهن بالتبعية لانقضاء الدين ، كذلك الحال لو أن الدين لم ينقض بعد ولكن الرهن ذاته انقضى ، ويتحقق ذلك فى حالة تطهير العقار بمعرفة الحائز أو اتخاذ إجراءات نزع الملكية وبيعه بالمزاد العلنى جبرا على مالكه أو نزع ملكيته للمنفعة العامة .

وفى حالة اتخاذ إجراءات نزع الملكية يلزم التجديد ما دام ميعاد زيادة العشر لم ينته بعد[١].

وفى هذا تنص المادة (٤٤) من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن : " تجديد القيد واجب حتى أثناء الإجراءات التى تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العينى ولكنه لايكون واجبا إذا انقضى الحق أو طهر العقار وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر " .

١٨٥ـ إجراءات التجديد :

لم يوضح قانون تنظيم الشهر العقارى إجراءات التجديد ، ومن ثم يسرى فى هذا الشأن ما نص عليه فى شأن إجراءات القيد الأصلى نفسه .

فيقوم بالتجديد ذات الأشخاص الذين لهم حق طلب القيد الأصلى ابتداء .

وإذا حول الحق المضمون بالرهن إلى آخر وقع عبء التجديد على المحال إليه .

ويحصل التجديد ضد الراهن ، وإذا انتقل العقار – قبل التجديد– إلى الخلف العام أو الخلف الخاص ، جاز عند تجديد القيد ضد الراهن تجديده أيضا ضد هذا الخلف[٢].

---

(١) محمد على إمام ص ٣٠٧ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٣٧٢ – همام محمد زهران ص ٤٦٨ – سليمان مرقس ص ١٨٠– ويذهب الدكتور سليمان مرقس إلى أنه كان ينبغى النص

١٨٦- بيانات التجديد :

لم يوضح القانون البيانات الواجب ذكرها فى تجديد القيد .

ومن ثم لا يلزم ذكر نفس البيانات الواجب ذكرها فـي القيـد . وإنما يجب على أى حال أن يذكر فى التجديد أنه حاصل تجديدا لقيد سابق، وأن يبين فيه تاريخ هذا القيد المراد تجديده .

على وجوب التجديد ضد الخلف أيضا ، وأنه يظهر أهمية ذلـك فـي الفرض الآتى :
رهن (أ) عقاره إلى (ب) ثم باعه إلى (ج) بعد خمس سنوات من الرهن ، وباعه (ج) إلى (د) بعد عشرين سنة من شرائه ، فإذا فـرض أن (ب) جدد قيد رهنه مرتين متواليتين ضد (أ) ، فإن الرهن يكون نافذا ضـد (د) ، مع أن (د) لم يعلم به لأنه عند شرائه من (ج) اكتفى بملكية هـذا الأخير مدة ٢٠ سنة وبالكشف عن تصرفاته فى خلال هذه المدة ، فلو أن القانون كان يلزم (أ) بتجديد القيد ضد (ج) لأمكن (د) أن يعثر على هذا التجديد عند الكشف عن تصرفات (ج) أما والقانون لم يوجب ذلك فإن مشترى العقار لا يتسنى له أن يطمئن إلى عدم رهنـه مـن أحـد مالكيه السابقين إلا بالكشف عن تصرفات جميع هؤلاء المالكين مهمـا تعددوا منذ أن وجد نظام القيد والتسجيل . ومعنى ذلك أن من يتعامـل على ثلثى حق عينى عقارى لايستطيع أن يقف فى البحث عن تصرفات الملاك السابقين عند حد مدة معينة ، أيا كانت هذه المدة ولـو بلغـت خمسين أو ستين سنة ، بل لابد له من تعقب تسلسل الملكية عليه منـذ وجود نظام القيد والتسجيل والكشف عن تصرفات كل مالك طوال مدة ملكيته . وفى هذا إرهاق للمتعاملين وتعويق للمعاملات يحسن تفاديهما بإلزام الدائن بالتجديد ضد خلف الراهن . وقد نصت على ذلك المـادة ٤٦٠ من التقنين الإيطالى الجديد (ص ١٨٠ هامش (٣) ومابعدها) .

وهذا البيان من الأهمية بمكان ، ومن ثم يجب أن يوضح بطريقة ظاهرة لاتقبل الشك .

وإذا تكرر التجديد فإنه يكتفى بأن يشار فى كل مرة إلى القيد السابق ، من غير حاجة إلى الإشارة إلى القيد الأصلى .

وإذا لم يذكر فى التجديد أنه حاصل تجديدا لقيد سابق ، وقع باطلا باعتباره تجديدا لقيد قديم ، ولكنه يصح باعتبار أنه قيد مستقل بشرط أن تتوافر فيه شروط القيد الأصلى ، على أنه لا يحفظ للرهن هنا مرتبته إلا من تاريخ حصوله [١].

ولا حاجة إلى أن يرفق بطلب التجديد صورة عقد الرهن التنفيذية [٢].

وسنرى أن مصروفات التجديد على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك (م ١٠٥٥ مدنى) .

١٨٧- إجراء قيد جديد :

سقوط القيد بمضى عشر سنوات لايستتبع سقوط الحق فى الرهن الذى يبقى صحيحا ، ويجوز للدائن المرتهن أن يجرى به قيدا جديدا بحيث تتحدد مرتبته من تاريخ القيد الجديد . ما لم يحل دون إجرائه حادث من الحوادث السابق ذكرها التى توقف القيد أو تمنع نفاذه .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٦٣ - السنهورى ص ٣٧٢ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٧١ .

وقدنصت المادة (٤٣) من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن :

" يسقط القيد إذا لم يجدد فى خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه على أن للدائن أن يجرى قيدًا جديدًا إن أمكن ذلك قانونا تكون مرتبته من وقت إجرائه . وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذى أجرى فيه " (١).

محو القيد

١٨٨- المقصود بمحو القيد :

محو القيد ويعرف أيضا بشطب القيد هو إجراء الغرض منه الإشهاد على أن قيدا معينا لم يعد قائما ، ويتم التأشير على هامش هذا القيد بمعرفة مكتب الشهر العقارى المختص ، مع ذكر السند الرسمى أو الحكم الذى انبنى عليه ، فالمحو أو الشطب إذن ليس معناه محو القيد أو شطبه ماديا ، وإنما التأشير على هامشه مع ترك القيد نفسه فى الدفاتر ويكون ذلك على حساب الراهن ما لم يتفق على العكس (٢).

١٨٩- أسباب محو القيد :

تنص المادة (٤٥) من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه :

" لايجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضاء الدائن بتقرير رسمى منه ومع ذلك يكتفى فى إجراء المحو فى حالة رهن

---

(١) محمود شوقى ص ١٥٨ .

(٢) أحمد سلامه ص ٢٣٠ .

الحيازة العقارى وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفى مصدق على التوقيع فيه ".

ومفاد هذا أن المحو إما أن يتم بالتراضى أو بحكم نهائى من القضاء ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى :

١- المحو الرضائى :

المحو الرضائى يكون بإرادة الدائن المرتهن أو من حل محله فى الدين المضمون بالرهن كالوارث أو المحال له . ويكون كذلك حتى ولو استند على اتفاق بينه وبين المدين ، فالدائن هو الذى يطلب المحو تماما كما يطلب القيد .

والدائن يرضى بالمحو إذا كان قد استوفى حقه المضمون ومع ذلك يحدث أن يرضى به حتى ولو لم يكن قد استوفاه إذا أراد أن يدعم ائتمان المدين عن طريق تحرير عقاره من القيد . وهذا أمر بديهى من حيث جوازه ، فلئن كان فى استطاعة الدائن أن يتنازل عن الدين نفسه ، فإن تنازله عن القيد فقط يجوز بالأولى .

ويلزم فى المحو الاختيارى باعتباره عملا إراديا أن تتوافر لدى طالبه الأهلية اللازمة وأن تكون إرادته خالية من عيوب الرضا

والأهلية اللازمة هى بلوغ سن الرشد القانونى ٢١ عاما ولو كان المحو فى مقابل قبض الدين[١] .

---

(١) السنهورى ص ٣٧٨ – سليمان مرقس ص ١٨٦ وكانت المادة (١٤٧١) من المشروع التمهيدى تنص على أن :

وإذا صدر المحو من نائب عن الدائن ، فإذا كان النائب وكيلا فتكفى الوكالة العامة إذا كان محو القيد فى مقابل قبض الدين ، لأن استيفاء الدين يدخل فى أعمال الإدارة .

أما إذا كان المحو دون مقابل فلابد من وكالة خاصة . وإذا كان النائب وصيا فهو يملك قبض الدين الذى للقاصر ، فيملك أيضا محو قيد الرهن إن كان فى مقابل قبض الدين . وإلا فلابد من إذن المحكمة طبقا للمادة ١/٣٩ من قانون الولاية على المال . وهى تقضى بوجوب الحصول على إذن المحكمة للتنازل عن التأمينات وإضعافها ، وإذا كان النائب وليا جاز له محو القيد ، ولو دون قبض الدين ، ودون الحصول على إذن المحكمة [١].

ويجب بصريح النص أن يتم المحو بتقرير رسمى أى أن رضا الدائن يجب أن يكون مفرغا فى ورقة رسمية . فلا يكفى حصوله بورقة عرفية إلا إذا كان واردا على قيد الرهن الحيازى أو حقوق الامتياز الخاصة العقارية .

" ١- محو القيد محوا اختياريا يكون بتقرير فى قلم كتاب المحكمة يصدر من الدائن أو من خلفه .

٢- ولايجوز أن يصدر المحو الاختيارى من شخص لا يكون أهلا لإبراء ذمة المدين ، إلا إذا تدخل فى ذلك من يوجب القانون تدخله لصحة هذا الإبراء " . - إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص٧٣ الهامش ومابعدها) .

(١) السنهورى ص ٣٧٨ ومابعدها - سليمان مرقس ص١٨٧

وترجع العلة فى ذلك إلى وجهين :

الأول : وجه مصلحى وهو منع الغش الذى يحتمل وقوعه حيث يكتفى بالرضا العرفى . **والثانى :** وهو وجه فنى إذ تطلب الرسمية هنا تطبيقا لقاعدة الشكل المقابل والتى من مقتضاها أنـــه إذا كانـــت الرسمية ضرورية لاكتساب الحق فإنها ضرورية أيضا لإنهائـــه ، وأن رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتيـــاز الخاصـــة العقاريـــة لاتشترط الرسمية فى المحررات المرتبة لها وعلى ذلك لايمكـــن أن يقع الشطب بناء على ورقة عرفية . ولـــو فـــرض وتـــم التأشـــير بمقتضاها فإن المحو يقع باطلا . على أن بطلان المحـــو أو عـــدم إمكان إجرائه فى هذه الحالة لايعنى البتة بطلان الورقـــة العرفيـــة ذاتها ، ومن ثم يجوز أن يستند عليها المحو القضائى كما سنرى[1].

ثانياً : المحو القضائى :

المحو القضائى هو الذى يصدر به حكم نهائى مـــن القضـــاء . ويتحقق ذلك فى حالة امتناع الدائن المرتهن أو من حله محله فـــى الرهن عن إجراء المحو الرضائى رغم عدم وجود مبرر لبقاء القيد فيلجأ صاحب المصلحة فى المحو كالراهن أو الحائز أو الدائن المرتهن صاحب المرتبة اللاحقة إلى رفع الدعوى ضده بطلب المحو .

وترفع الدعوى أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار المرهون .

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٣١ .

فإذا صدر حكم بمحو القيد وأصبح هذا الحكم نهائيا أى غير قابل للطعن فيه بالاستئناف أمكن التقدم لمكتب الشهر العقار للتأشير به على هامش القيد .

١٩٠- الأثر المترتب على المحو :

يترتب على المحو إزالة أثر القيد فيعتبر كأن لم يكن . ولكن ليس معنى ذلك زوال الرهن ذاته ، فيجوز للدائن المرتهن أن يجرى قيدا آخر طالما أن الرهن قائم لم يسقط . إلا إذا اتضح من تقرير الدائن أو من الحكم القضائى النهائى أنه أريد بمحو القيد زوال الرهن ذاته . وعند الشك يعتبر المحو واردا على القيد دون الرهن[١].

وكانت المادة (١٤٧٤) من المشروع التمهيدى تنص على أنه : " لايترتب على محو القيد فى ذاته انقضاء حق الرهن ، فيجوز إجراء قيد جديد تحسب مرتبته من وقت إجرائه إلا إذا كان حق الرهن قد انقضى " إلا أن لجنة المراجعة رأت حذف هذه المادة[٢] . ويعلل هذا الحذف بالرغبة فى تطبيق القواعد العامة .

ومصروفات المحو يلزم بها الراهن كما سنري (م١٠٥٥ مدنى). .

---

(١) السنهورى ص ٣٨٠- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٦٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٧٥ الهامش .

١٩١- إلغاء المحو :

يجوز إلغاء محو القيد بعد حصوله إذا وجد سبب يبرر ذلك ومن الأسباب التى تبرر إلغاء المحو أن يكون قد شاب رضاء الدائن غلط أو إكراه أو تدليس أو كان الدائن غير أهل للرضاء به أو قبل الطعن بالنقض أو الالتماس المقدم عن الحكم الصادر بالمحو.

وإلغاء المحو لا يكون إلا بحكم قضائى نهائى .

وترفع الدعوى أمام محكمة العقار ممن يهمه المحو وقد يكون الدائن أو المدين .

وترفع على الراهن لأنه هو الخصم الحقيقى فى دعوى يراد بها إبقاء الرهن .

وإذا كانت الأموال المرهونة واقعة فى أكثر من مقر محكمة واحد : ففى هذه الحالة يجب على طالب محو القيد أن يرفع دعواه فى الجهات المختلفة بالنسبة إلى الأموال المرهونة ، لأنه وإن كان الرهن حصل بعقد واحد فإن هذا لايمنع أن يكون القيد حاصلا عن العقارات فى دفاتر جهات مختلفة بحسب موقع العقارات . ويجب أن يحصل طلب محو القيد أمام هذه المحاكم المختلفة [1].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٩٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن القانون جعل شهر الحقوق العينية عن طريق تسجيلها إعلاما لكل أحد بوجود الحق العينى الذى شهر بحيث يكون حجة على جميع أرباب الحقوق الذين تلقوا حقوقهم وهو مقيد بالسجل ، إذ أنهم حينئذ يعتبرون قانونا عالمين بوجوده ، ولا حجية له على الذين تلقوا حقوقهم وهو غير مقيد بالسجل ، لأنهم حينئذ لم يكونوا عالمين به . ومن ثم فإنه إن محى قيد الحق العينى من السجل ثم ألغى المحو عادت إلى القيد مرتبته الأصلية التى كانت له قبل محوه ولكن بدون أن يكون حجة على التسجيلات التى حصلت فى الفترة بين المحو وإلغائه " .

(طعن رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١)

١٩٢- التأشير الهامشى بإلغاء المحو :

إذا صدر حكم نهائى بإلغاء المحو وجب التأشير بحصول الإلغاء على هامش القيد الذى أشر عليه بالمحو . ولا يلزم إجراء قيد جديد لما له من مضار ، إذ يجوز أن يكون الراهن قد أفلس وقت إجراء القيد الجديد أو أن يكون العقار المرهون قد اشتراه حائز وسجل ، ولذلك لايستطيع الدائن أن يجرى القيد الجديد فتضيع حقوقه [1].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٩٦ ومابعدها – السنهورى ص ٣٨٣ .

وكانت المادة (١٤٧٥) من المشروع التمهيدى تنص فى فقرتها الأولى على أن :

"يكون إلغاء المحو بالتأشير به فى الهامش ، إذا كان المحو قد أجرى بناء على سند قضى بتزويره أو بطلانه أو بمقتضى حكم ألغاه حكم آخر " إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت حذف المادة بأكملها [١].

١٩٣- آثار إلغاء المحو :

يترتب على إلغاء المحو اعتباره كأن لم يكن ، وبالتالى اعتبار القيد قائما وأنه لم يمح فى وقت من الأوقات ، ولذلك تعود للقيد مرتبته الأصلية . ويحتج بالرهن وفقا لهذه المرتبة على من كسب حقا على العقار المرهون قبل المحو . فإلغاء المحو يكون إذن بأثر رجعى بالنسبة لهذا الشخص .

أما من كسب حقه فى الفترة ما بين المحو وإلغائه ، فلا يكون للمحو أثر رجعى بالنسبة له ، وذلك لأنه وقت كسب حقه اعتمد على عدم وجود قيد ، إذ كان هذا القيد قد تم محوه ، ومن شأن تطبيق فكرة الأثر الرجعى لإلغاء المحو الإضرار بمثل هذا الشخص ، ولذلك قررت المادة ٤٦ من قانون تنظيم الشهر العقارى أنه : " إذا ألغى المحو عادت للقيد مرتبته الأصلية ومع ذلك لايكون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٧٥ الهامش ومابعدها .

لإلغائه أثر رجعى بالنسبة إلى القيود والتسجيلات التى أجريت فى الفترة ما بين المحو والإلغاء "(١).

وهذا النص يتفق مع الحل الذى أيدته محكمة النقض قبل صدور قانون الشهر العقارى .

فقد راعى الشارع أن القاعدة التى وضعها وهى أن يترتب على إلغاء المحو إعطاء الرهن مرتبة القيد الأصلى ، قد تكون مجحفة بمن شهر حقه فى الفترة ما بين المحو والإلغاء ، لأن هذا الشخص عندما يقوم بإشهار حقه لا يتبين أثرا للقيد ، وهو لذلك معذور كل العذر إذا ما اعتقد عدم وجود الرهن الذى يضمنه هذا القيد ، ومقتضى ما تقدم أن الدائن المرتهن الذى يمحى قيده ثم يلغى هذا المحو فيما بعد يتقدم على الدائنين المقيدين بعده وقبل محو القيد ، وكذلك على الدائنين المقيدين بعد إلغاء المحو ولكنه يتأخر عن الدائنين المقيدين قبل قيده الأصلى ، وكذلك المقيدين بعد المحو وقبل إلغاء هذا المحو أى فى الفترة بين حصول المحو وإلغائه . ويطبق نفس الحكم على حائز العقار وكل من تلقى حقا عينيا عليه .

---

(١) وتقابلها المادة ٩٧ من قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ وهى تنص على أنه : " إذا ألغى المحو عاد لقيد الحق العينى التبعى مرتبته الأصلية فى السجل العينى . ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعى بالنسبة للقيود التى أجريت فى الفترة ما بين المحو والإلغاء " .

مـــادة (١٠٥٥)

مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك .

الشـــرح

١٩٤- مصروفات القيد وتجديده ومحوه :

مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ، ما لم يتفق على غير ذلك .

وهذا تطبيق للقاعدة العامة التى تقضى بأن المدين هـو الـذى يتحمل مصروفات الدين .

وإذا دفع المرتهن مصروفات القيد أو التجديد والمحو حـق لـه استردادها من المدين ، ويكون الرهن ضامنا لها ، ويكون لها نفس مرتبة الرهن ولو لم تذكر فى قائمة القيد كما سـنرى (م١٠٥٨/١ مدنى) [(١)].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" مصروفات القيد وتجديده ومحوه تكون على الراهن ، ما لـم يتفق على غير ذلك .

وقد تقدم أن مصروفات عقد الرهن نفسه تكون علـى الـراهن

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٤٧ – همام محمـد زهـران ص ٤٦٨ – محمود شوقى ص ١٥٩

أيضا . وهذا تطبيق للقاعدة العامة التى تقضى بأن المدين هو الذى يتحمل مصروفات الدين "[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٧٩ .

حق التقدم وحق التتبع :

مـادة (١٠٥٦)

يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد .

الشـــرح

١٩٥- حق التقدم :

يثبت للدائن المرتهن بمقتضى نفاذ رهنه – بالقيد – الحق فى التقدم والحق فى التتبع .

والحق فى التقدم (الحق فى الأفضلية) يقصد به حق الدائن المرتهن فى استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون أو من المال الذى حل محله متقدما فى ذلك على الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التالين له فى المرتبة .

وتظهر أهمية حق التقدم عندما يكون مقابل العقار أى ثمن بيع العقار غير كاف للوفاء بكافة الديون المستحقة . إذ يلزم فى هذه الحالة تسوية التزاحم بين الدائنين .

وهنا تبرز أهمية حق التقدم الذى يتمتع به الدائن والذى يسمح له باستيفاء حقه قبل الدائنين العاديين بل وقبل الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة التالين له فى المرتبة[١] .

---

(١) نعمان محمد جمعه ص ٦٨ – محمد كامل مرسى ص ٢٠٠ .

١٩٦- موضوع حق التقدم :

الأصل أن حق المرتهن في التقدم يباشر علــى ثمــن العقــار المرهون بعد بيعه . ولكن إذا حل مال محــل العقــار المرهــون ، بوشر حق التقدم على هذا المال أو على ثمنه تطبيقا لقاعدة الحلــول العيني .

فإذا هلك العقار المرهون أو تلف ودفع عن هذا الهلاك تعويض ، أو كان العقار مؤمنا عليه ثم هلك أو تلــف ودفــع المــؤمن مبلــغ التأمين، أو تصرف الراهن في بعض مشتملات العقار المرهون بعد فصلها عنه وكان الثمن لم يدفع ، في كل هذه الأحوال وما يماثلهــا ينتقل حق التقدم إلى المال الذي حل محل العقــار المرهــون ، أي مبلغ التعويض أو التأمين أو ثمن المشتملات في الأمثلة السابقة[1].

١٩٧- كيفية مباشرة المرتهن حقه في التقدم :

حق التقدم – كما ذكرنا سلفا – يستلزم بطبيعته أن ثمــن محــل الرهن لايفي بكافة ديون الدائنين فتوجد مزاحمة بين الدائنين .

والدائن المرتهن إما أن يتزاحم مع الــدائنين العــاديين أو مــع غيرهم من الدائنين ذوي الحقوق على العقار .

والقاعدة أن المرتهن يتقدم على جميع الدائنين العاديين أيا كــان مصدر ديونهم أو تاريخ تحمل ذمة المدين بها .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٦٦ ومابعدها – سليمان مــرقس ص ١٩٢ ومابعدها .

أما إذا تزاحم المرتهن رهنا رسميا مع غيره من المرتهنين رهنا رسميا لنفس العقار ، ثبتت الأولوية للسابق فى تاريخ القيد ، دون مراعاة لتاريخ عقد الرهن تطبيقا لقاعدة أن السابق فى التاريخ يتقدم فى القانون . والأسبقية فى القيد لا تتحدد فقط بحسب اليوم وإنما بساعة التقديم فمن كان أسبق فى الساعة قدم على المتأخر . ولو تقدم اثنان فى ساعة واحدة تساويا ولو كان أحدهما متأخرا بدقائق عن الآخر [١].

ولذلك تنص المادة ٣١ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن :

" يعد بالمكتب دفتر للشهر تثبت فيه المحررات وقوائم القيد على حسب الأحوال بأرقام متتابعة وفقا لتواريخ وساعات تقديمها " .

وإذا تزاحم الدائن المرتهن رهنا رسميا مع صاحب حق الاختصاص أو مع المرتهن رهنا حيازيا ، تثبت الأولوية للأسبق فى تاريخ القيد ، كما سنرى فى موضعه .

---

(١) السنهورى ص ٣٨٦ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٦٦ ومابعدها .

مــادة (١٠٥٧)

تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط ، أو كان دينا مستقبلا أو احتماليا .

الشــرح

١٩٨ـ احتساب مرتبة الرهـن من وقـت قيده :

تتحدد مرتبة الدائن المرتهن من وقت القيد . فإذا تقدم للقيد مع دائنين آخرين في يوم واحد ، كان الأسبق منهم في القيد هو المتقدم.

ولاينال من ذلك أن يكون الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط ، أو كان دينا مستقبلا أو احتماليا .

فإذا علق الدين على شرط فاسخ ، فهو دين موجود حقا ولكنه يزول إذا تحقق الشرط الفاسخ . فلا يحرم الدائن المعلق حقه على شرط فاسخ من الاشتراك بحسب مرتبة رهنه ، من الحصول على نصيبه في التوزيع . وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على إلزام هذا الدائن بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه ، إذا تحقق الشرط الفاسخ . وفي هذه الحالة يعاد توزيع ما رده الدائن تحت شرط فاسخ على سائر الدائنين[١] .

---

(١) السنهوري ص ٣٨٧ - نعمان محمد جمعه ص ٧١ .

أما إذا كان الدين معلقا على شرط واقف ، فإن معنى ذلك أن وجود الدين مجرد احتمال .

ومن ثم لايحق للمرتهن أن ينفذ وأن يتمتع بأسبقيته . ومن ثم فالحل هو أن ثمن العقار يوزع على الدائنين دون حجز نصيب لصاحب الحق الاحتمالى . وتحسب للمرتهن حصة احتمالية يكون من حقه استردادها من الدائنين التالين له فى المرتبة عند تحقق الشرط الواقف . ففى هذا الفرض يعاد نظريا توزيع ثمن العقار ، ويعاد تسوية الوضع بين الدائنين بما يحفظ لهذا المرتهن أسبقيته . ولكن حفاظا على حق المرتهن الذى يستند إلى حق احتمالى فإنه يجب على الدائنين التالين له فى المرتبة أن يقدموا له تأمينا كافيا وقت إتمام التوزيع السابق على تحقيق الشرط[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- تتحدد مرتبة الدائن المرتهن من وقت القيد حتى لو كان حقه معلقا على شرط أو كان حقا مستقبلا أو كان حقا احتماليا . فإذا تقدم للقيد مع دائنين آخرين فى يوم واحد ، كان الأسبق منهم فى القيد هو المتقدم . فإذا تقدموا جميعا فى وقت واحد من اليوم الواحد قيدوا تحت رقم واحد واعتبروا فى مرتبة واحدة .

٢- ومتى تحددت مرتبة الدائن المرتهن على النحو المتقدم ،

---

(١) نعمان محمد جمعه ص ٧١ .

استوفى حقه طبقا لهذه المرتبة من ثمن العقار عند بيعه فى المزاد ، أو من الحق الذى حل محل العقار كالتعويض أو مبلغ التأمين أو ثمن ملحقات العقار "[١].

أما لو كان الدين مستقبلا ، كما لو كان حسابا جاريا أو فتح اعتماد مصرفى ، فإن الدين لا يتحدد إلا بقطع الرصيد وإقراره .

ومن ثم لايجوز اشتراك المصرف فى التوزيع رغم تقدمه فى المرتبة على باقى الدائنين ، ويقتصر التوزيع على هؤلاء بشرط أن يقدموا تأمينا كافيا يرضاه المصرف يضمن له الوفاء بالمبلغ الوارد بالقيد والذى يتحدد بمبلغ معين أو بالحد الأقصى للحساب ، ويجوز إرجاء التوزيع على أصحاب المرتبة التالية متى كان أجل الدين قريبا بالنسبة لصاحب المرتبة الأسبق . ويجب ذلك فى حالة عدم تقديم التأمين الكافى الذى يرضاه صاحب المرتبة الأسبق ، وقد يكون التأمين عينيا أو شخصيا أو بخطاب ضمان ، وفى حالة المنازعة فى كفايته يكون الحكم للقاضى [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٨٨ ومابعدها .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٩٥ .

مــادة (١٠٥٨)

١- يترتب على قيد الرهن إدخال مصــروفات العقـد والقيــد والتجديد إدخالا ضمنيا فى التوزيع وفى مرتبة الرهن نفسها .

٢- وإذا ذكر سعر الفائدة فى العقد فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل فى التوزيع مع أصل الدين وفى نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائــد التــى تستحق من هذا التاريخ إلى يــوم رســو المــزاد ، دون مســاس بالقيود الخاصة التى تؤخذ ضمانا لفوائد أخرى قد استحقت والتى تحسب مرتبتها من وقت إجرائها . وإذا سجل أحد الدائنين تنبيــه نزع الملكية انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل .

الشــرح

١٩٩- إدخــال مصــروفات العقــد والقيــد والتجــديد فــى التوزيع وفى مرتبة الرهن :

رأينا أن القيد يضمن بمرتبته أصل الدين والملحقــات الــواردة بالقائمة .

كما أنه يجوز إجراء قيد لاحق أو تكميلى للملحقات فتكون لهــا مرتبتها من يوم حصوله .

إلا أن المادة تقضى بأن يضمن القيد بمرتبته دون حاجة لــنص خاص فى القائمة مصرفات كل من عقد الرهن والقيــد وتجديــده ،

وهي المصروفات التى يدفعها الدائن المرتهن ويكون له الرجوع بها على الراهن .

وأنواع المصروفات المنصوص عليها قد وردت على سبيل الحصر وذلك لأن حق التقدم ينطوى على خروج على القواعد العامة التى تقيم مبدأ المساواة بين الدائنين ، فإن تفسير نص المادة (١٠٥٨) يجب أن يكون تفسيرا ضيقا فتشمل هذه المصروفات مصروفات العقد ويقصد بها مصروفات إبرام العقد الرسمى أى الرسوم التى تستحق لإتمام إبرام العقد الرسمي . فلا تشمل نفقات العقد الأخرى مثل أتعاب المحاماة ، كما لايدخل فى المصروفات مصاريف الدعوى بين الدائن والمدين وكذلك مصروفات قيد الرهن وتجديده باعتبارها المصروفات اللازمة للمحافظة على حقوق الدائن الناشئة عن الرهن .

والأصل أن الدائن هو الذى يقوم بالقيد والتجديد .

وغنى عن البيان أن الدائن لايتقدم بهذه المبالغ إذا كان يلتزم هو بدفعها بناء على اتفاقه مع المدين . فإن كان يلتزم بسدادها فهو ليس دائنا بها ولا يمكن أن تعتبر من ملحقات أصل الدين . فإذا كان الأصل طبقا للمادة ١٠٥٥ أن مصروفات القيد والتجديد على عاتق الراهن إلا أن هذه القاعدة مكملة يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها .

ولايشمل التقدم مصروفات محو الرهن لأن القانون لم ينص عليها . فإذا كان الدائن قد دفع هذه المصروفات فإن الرهن لا يضمنها بقوة القانون .

ويكون توزيع المصروفات طبقا لمرتبة الرهن نفسها شأنها في ذلك تماما شأن أصل الدين . أى تضاف قيمتها إلى قيمة أصل الدين ويتقدم الدائن بقيمتها لاستيفاء حقه طبقا لمرتبة رهنه .

وإذا كان الدين احتماليا أو مستقبلا فإن حق التقدم لايشمل بقوة القانون وبمجرد قيد الرهن وبمرتبته المصروفات إلا إذا كان لايترتب على إضافتها تخطى الحد الأقصى المحدد للدين المضمون بالرهن .

ولايوجد ما يمنع من أن يضمن الرهن أى مبالغ أو مصروفات ولكن لابد من أن تكون قد قيدت وتكون مرتبتها من تاريخ قيدها وليس من تاريخ قيد الرهن . فالمصروفات الواردة في المادة (١٠٥٨) هى فقط التى تدخل فى التوزيع حتى ولو لم ترد في القائمة والتى تكون مرتبتها من تاريخ قيد الرهن [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومرتبة الرهن تتناول مبلغ الدين المذكور فى القيد سواء كان أصلا أو فوائد وتتناول أيضا دون ذكر فى القيد ، مصروفات العقد

---

(١) حسام الدين كامل الأهوانى ص ٤٣٩ ومابعدها .

والقيد والتجديد وفوائد أخرى غير الفوائد التى ذكرت فى القيد هـــى فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد بشرط أن يذكر ســعر الفائدة فى العقد "(١).

٢٠٠- احتساب الفوائد فى مرتبة الرهن :

الفوائد قد تكون مستحقة وقت القيد وتذكرفيه فيضمنها بمرتبته . وقد تستحق بعد ذلك ويجرى عنها قيد تكميلى فتكون لها مرتبة هذا القيد الأخير ، وبالطبع لايجوز إجراء قيد بها إلا بعد اســتحقاقها . وفضلا عن ذلك فهناك فوائد يضمنها القيد بقوة القانون دون حاجــة لنص خاص فى القائمة وتكون لها مرتبة الالتزام الأصــلى ذاتــه . وهى فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد وحتى لا يرهــق المدين بمصروفات غير لازمة نص المشرع على أن تسجيل تنبيــه نزع الملكية الحاصل من أحد الدائنين حتى ولو كان دائنــا عاديــا يستفيد منه جميع الدائنين فيما يتعلق بضمان الرهن بمرتبته للفوائــد على النحو السابق (٢).

أما بالنسبة للفوائد عن المدة التالية لرسو المزاد فقد نصت المادة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٧ ص ٨٩ .

(٢) محمد على إمام ص ٣٠٥ .

(٢٣٠) من التقنين المدنى على أنه : " عند توزيع ثمن الشئ الـذى بيع جبرا لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفائدة تأخير عن الأنصبة التى تقدرت لهم فى هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائـد الـثمن ، أو كانـت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فائدة فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة ..وهذه الفائدة تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرماء " .

مـــادة (١٠٥٩)

للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه فـــى حـــدود الـــدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار ، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الـــدفع التى يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول ، عدا ما كان منها متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنـــازل عن المرتبة .

الشـــرح

٢٠١- المقصود بالتنازل عن مرتبة الرهن :

يختلف النزول عن مرتبة الرهن عن النزول عن الرهن . إذ قد ينزل المرتهن عن حقه فى الرهن سواء بما يـؤدى إلـــى انقضـــاء الرهن ذاته مع بقاء الدين بغير ضمان أو بما يـؤدى إلـــى انتقـــال الرهن إلى غيره تبعا لانتقال الحق المضمون من المرتهن لشـــخص آخر كما هو الحال فى حوالة الحق حيث ينتقل الحق المحال بجميع ضماناته ومنها الرهن للمحال إليه (م٣٠٧ مدنى) ، وكمـــا هـــو الحال فى حالة الوفاء مع الحلول – القانونى أو الاتفـــاقى – حيـــث يحل الموفى محل الدائن المرتهن فيما له من رهن بـــنفس مرتبتـــه (م٣٢٩ مدنى) .

فالنزول عن مرتبة الرهن ، يكون قاصرا على مرتبة الدائن فى الرهن دون حق الرهن نفسه .

والنزول عن المرتبة لايجوز إلا لصالح من يكون له رهن مقيد

على نفس العقار . فهو لايجوز لصالح مرتهن آخر ولو كان مملوكا لنفس المدين ، وهو لايجوز للدائن العادى .

وإذا كان نص المادة يقصر النزول عن المرتبة للدائن المرتهن رهنا رسميا ولصالح مرتهن رسمى آخر ، إلا أن الراجح استنادا إلى مفهوم النص واتحاد العلة تطبيق نفس الحكم أى إجازة التنازل على صاحب حق الاختصاص والمرتهن رهنا حيازيا وصاحب حق الامتياز الخاص العقارى سواء حصل النزول عن المرتبة منه أو لصالحه[1] .

ومصلحة الدائن المتأخر فى ذلك ظاهرة . أما الدائن المتقدم فيجوز أن يكون نزوله عن ترتيبه لقاء ثمن معين مضاربة منه على كفاية العقار المرهون أو عدم كفايته لسداد جميع الديون المرهون لها . أو على إمكان الطعن فى الديون التى تكون مرتبتها بين مرتبة المتنازل ومرتبة المتنازل إليه ، واعتمادا منه على رهن آخر مقرر له على آخر [2].

٢٠٢ـ وجوب أن يكون النزول عن مرتبة الرهن فى حدود دين المتنازل :

يجب لصحة النزول عن مرتبة الرهن ، أن يكون النزول فى حدود دين المتنازل .

---

(١) السنهورى ص ٤٠٤– همام محمد زهران ص ٤٨٤ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٦٨ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٩٥ – السنهورى ص ٤٠٤ .

فإذا كانت قيمة الدين ألف جنيه وكان دين المتنازل إليه عن مرتبة الرهن ألفين ، فإن التنازل لا يسرى إلا فى حدود ألف جنيه ، لأنه لو انتفع المتنازل إليه بمرتبة الرهن الأولى فى استيفاء الألفين قبل غيره من الدائنين لأضر ذلك بالدائنين التالين له فى المرتبة .

٢٠٣- التمسك ضد المتنازل له بالدفوع التى كان يمكن التمسك بها ضد المتنازل :

لكى يرتب النزول عن الرهن أثره ، وهو حلول الدائن المتأخر فى المرتبة محل الدائن المتقدم عنه ، يجب أن يكون رهن الدائن المتنازل موجودا ونافذا . فإذا كان هذا الحق قد انقضى قبل النزول أو كان غير نافذ ، فإنه يجوز للغير أن يتمسك بذلك لاقبل المتنازل فحسب ، بل وقبل المتنازل له .

وعلى ذلك إذا استوفى الدائن الأول حقه ، ثم نزل عن مرتبة رهنه لدائن آخر متأخر ، كان للدائنين المتوسطين أن يتمسكوا ببطلان هذا النزول لأن حق الرهن المقرر للدائن الأول المتنازل قد انقضى بالوفاء قبل النزول .

وكذا إذا أهمل الدائن الأول تجديد قيده ، ثم نزل عن مرتبته لآخر ، كان للدائن المتوسط أن يتمسك ضد المتنازل بعدم تجديد القيد، وبالتالى بعدم نفاذ رهن المتنازل فى مواجهته .

إلا أن الدفوع التى يمكن التمسك بها فى مواجهة المتنازل بسبب

انقضاء حقه بعد النزول عن المرتبة ، لا يجوز التمسك بها ضد المتنازل له . وعلى ذلك إذا نزل الدائن الأول عن مرتبة رهنه للدائن الثالث، وشهر هذا النزول بالتأشير على هامش القيد الأصلى، ثم استوفى الدائن الأول حقه من المدين فانقضى رهنه بهذا الاستيفاء، فلا يجوز للدائن المتوسط (ذى المرتبة الثالثة) أن يتمسك قبل المتنازل له بانقضاء حق المتنازل توصلا إلى إبطال النزول ذاته[١].

٣- يجب ألا يضر التنازل بالدائنين الذين لهم مرتبة متوسطة :

فإذا أضر التنازل بهؤلاء الدائنين ، جاز لهم أن يطلبوا عدم نفاذه فى حقهم .

فمثلا إذا كان زيد يملك رهنا أولا على العقارين (أ، ب) وكان بكر يملك رهنا ثانيا على كل من العقارين ، وعمر يملك رهنا ثالثا على العقار (أ) وليس له أى حق على العقار (ب) . وكان مقدار دين كل من الدائنين الثلاثة ألف جنيه وقيمة كل من العقارين المرهونين ألف جنيه ، فإن نزول زيد عن مرتبة رهنه على العقار (أ) إلى عمر سيترتب عليه أن عمرا يأخذ وحدة قيمة العقار (أ) ولا يأخذ بكر ولا زيد شيئا منه ، ولكن زيدا يستطيع أن يأخذ دينه من قيمة العقار (ب) أما بكر فلا يأخذ شيئا من أى العقارين فى حين أنه

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٦٣ ومابعدها - سمير عبد السيد تناغو ص ٢٦٢ ومابعدها .

لولا نزول زيد عن مرتبة رهنه إلى عمر لاستوفى بكر دينه كـــاملا من العقار الذى لايستوفى منه زيد . ففى هذه الحالة يجوز لبكر أن يطعن فى نزول زيد إلى عمر لحصوله إضرارا به ، وأن يطلــب عدم نفاذه فى حقه . فيجبر زيدا على أن يستوفى حقه فى المرتبــة الأولى من أحد العقارين وأن يترك له المرتبة الأولى على العقــار الآخر، وذلك استنادا إلى القاعدة العامة التى تقضى بأن العقــود لا يترتب عليها ضرر لغير عاقد بها[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أجاز هذا النص نزول الدائن المرتهن ، لا عن الرهن ذاته كما فى الحلول الشخصى ، بل عن مرتبة الرهن إلى دائن آخر تال فى المرتبة ، فيصبح كل منهما فى مرتبة الآخر وذلك بقيدين :

(١) أن الدائن الذى يحل فى المرتبة لا يحل فى حق أكبر مــن الحق الذى كانت له هذه المرتبة ، وهذا بديهى .

(٢) أن تقبل ضد الدائن الذى حل فى المرتبة كل الدفوع التــى كانت تقبل ضد الدائن الذى كانت له هذه المرتبة ، إلا إذا كان الدفع متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن فى تاريخ لاحق للنزول عن المرتبة ، وهذا أيضا ظاهر "[٢] .

---

(١) سليمان مرقس ص ١٩٧ - السنهورى ص ٤٠١ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٩١ .

مــادة (١٠٦٠)

١- يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه .

٢- ويعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت إليــه بــأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عينى آخــر عليــه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عــن الــدين المضمون بالرهن .

الشــرح

٢٠٤- حــق التتبع :

المقصود بحق الدائن المرتهن فى تتبع العقار المرهون ، حقــه فى اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا العقار فى أى يد يكــون . فــلا يشترط أن يبقى العقار فى ملكية الراهن حتى يتمكن الدائن المرتهن من التنفيذ عليه . بل إن الراهن قد يتصرف فى العقــار المرهــون فينقل ملكيته إلى شخص آخر دون أن يؤثر هذا فــى حــق الــدائن المرتهن .

وعلى هذا فحق الدائن المرتهن فى التتبع مرتبط بحق الــراهن فى التصرف فى العقار المرهون .

ولا يتصور قيام أحد الحقين بدون الآخر . وإلا انتقصنا من حق الراهن فى الملكية أو من حق المرتهن فى الرهن .

وتقدير حق رهن على عقار لاينتقص من ملكية الراهن ، ولايمنعه بصفة خاصة من حقه فى التصرف فى العقار المرهون (م١٠٤٣) ومع ذلك فأى تصرف يصدر منه لايؤثر فى حق الدائن المرتهن .

والتصرف فى العقار المرهون كان يؤثر فى حق الدائن المرتهن لو امتنع عليه كما هو الشأن بالنسبة للدائن العادى أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال خرج من ذمة المدين قبل التنفيذ . أما وأن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون حتى بعد خروجه من ذمة المدين الراهن فهذا يفسر على السواء ، حق الراهن فى التصرف وحق المرتهن فى التتبع ويبين ما بين الحقين من ارتباط .

والحق فى التتبع مظهر من مظاهر نفاذ الرهن فى مواجهة الغير ، مترتب على كون الرهن حقا عينيا . فمن آثار الحقوق العينية جميعا حق صاحبها فى تتبع محلها لمباشرة مضمونها .

والرهن حق عينى تبعى . وسلطة التتبع أكثر وضوحا فى الحقوق العينية التبعية عنه فى الحقوق العينية الأصلية . ولعل السبب فى ذلك أن صاحب الحق العينى التبعى لايحتفظ بسلطة التصرف فى الشئ محل الحق ، بل تبقى هذه السلطة لشخص آخر هو المالك ، وتصرفات هذا الشخص هى التى تحقق الحالات

العملية التى يلجأ فيها صاحب الحق العينى التبعى إلى تتبع الشئ فى يد المتصرف إليه .

أما فى الحقوق العينية الأصلية فلا يوجد هذا الازدواج فى السلطة ، أى لايوجد شخص آخر بجانب صاحب الحق العينى الأصلى يحق له أن يتصرف فى الشئ محل الحق تصرفا يمس هذا الحق فى حدود مضمونه . ومن هنا تظهر الصعوبة فى الكشف عن أمثلة عملية يباشر فيها صاحب الحق العينى الأصلى سلطته فى التتبع .

وفى نطاق الحقوق العينية التبعية وبالنسبة للرهن الرسمى بصفة خاصة ، فإن التتبع يعتبر من أهم آثاره ، إلا أنه لا يعبر عن جوهره . فجوهر الرهن هو الحق فى الأفضلية والتقدم . حق الدائن المرتهن فى أن يفضل غيره عن الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء دينه من المقابل النقدى للعقار المرهون .

وهو يباشر هذا الحق دون حاجة إلى تتبع العقار المرهون على الاطلاق ، ويكون هذا فى الحالات الكثيرة التى لا يتصرف فيها الراهن فى العقار ويظل محتفظا بملكيته إلى وقت التنفيذ عليه . فى هذه الحالة ينفذ الدائن المرتهن على العقار المرهون كأثر مباشر للرهن فيما بين المتعاقدين ، وليس تتبعا للعقار فى مواجهة الحائز . أى أن الدائن قد يحقق كل غايته من الرهن ويتقدم على غيره من الدائنين دون أن يلجأ إلى تتبع العقار فى مواجهة الغير . إلا أن

الأفضلية وهى جوهر الحق تظل مهددة إذا لم يساندها الحق فى التتبع . فبدون هذا الحق الأخير تنعدم كل قيمة للأفضلية بمجرد تصرف الراهن فى العقار المرهون لشخص آخر لا يستطيع الدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ فى مواجهته . ولهذا فالوضع الصحيح للتتبع أنه حق مساعد يلجأ إليه الدائن المرتهن إذا تصرف الراهن فى العقار المرهون (١).

٢٠٥ـ شروط مباشرة حق التتبع :

ترجع هذه الشروط إلى الدائن المرتهن المباشر للحق فى التتبع وإلى الحائز الذى يباشر الحق فى التتبع فى مواجهته .

أولاً : الشروط الواجب توافرها فى الدائن المرتهن :

١- حلول أجل الالتزام :

الغرض من حق التتبع – كما رأينا – هو التنفيذ على العقار بين يدى الحائز له .

فيجب أن يكون هذا التنفيذ ممكنا ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان أجل الدين المضمون قد حل .

والدين يحل بحلول أجله ، أو للأسباب الأخرى لسقوط الأجل وهى إفلاس المدين أو إعساره أو فى حالة إضعاف التأمينات لدرجة كبيرة ، أو عدم تقديم ما وعد من تأمينات (م٢٧٣ مدنى) .

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٣٦٤ ومابعدها .

ويفيد الحائز من الأجل الممنوح للمدين ولو كان أجل ميسرة منح من القاضى .

وإذ يباشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ فى مواجهة الحائز فليس لهذا الأخير حق التمسك بالدفع بتجريد المدين على خلاف الكفيل الشخصى غير المتضامن الذى له ذلك [1].

٢- نفاذ الرهن فى مواجهة الحائز :

يجب أن يكون الرهن نافذا فى مواجهة الحائز . وهذا يتطلب أن يكون قيد الرهن سابقا على اكتساب الحائز لحقه ، أى قبل تسجيل السند المنشئ لحقه فى الملكية أو غيره من الحقوق العينية الأصلية وإلا ما كان للرهن أية حجية فى مواجهة الحائز .

فإذا سجل الحائز حقه قبل قيد الرهن ، لم يكن الرهن ساريا فى مواجهته ، فلا يستطيع الدائن المرتهن تتبع العقار فى هذه الحالة فى مواجهة الحائزوإذا سجل الحائز حقه بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، لم ينفذ التصرف للحائز ، واستطاع الدائن أن ينفذ على العقار المرهون وهو لايزال فى ملكية الراهن [2].

---

(١) همام محمد زهران ص ٤٨٨ - عبد الفتاح عبد الباقى ص٣٩٣ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٤٠٩ ومابعدها - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٩٤- همام محمد زهران ص ٤٨٩ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

(أ) – " تقضى المادة ٦١٦ من قانون المرافعات السابق – الذى اتخذت إجراءات التنفيذ فى ظله – بأن تصرف المدين أو الحائز فى العقار لا ينفذ فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فـى حق الراسى عليه المزاد إذا كان التصرف قد حصل شـهره بعـد تسجيل تنبيه نزع الملكية . مما مفاده – وعلى ما جرى به قضـاء هذه المحكمة – أن القانون قد جعل العبرة فى نفاذ التصرف الصادر من المدين أو عدم نفاذه فى حق الحاجزين عموما والراسى عليـه المزاد هى بشهر التصرف أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيـه نـزع الملكية ، فإذا شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه كان نافذا فى حـق هؤلاء أما إذا لم يشهر إلا بعد تسجيل التنبيه أو لـم يشـهر علـى الإطلاق فإنه لا يسرى فى حقهم ولو كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه وبذلك يكون تسجيل التنبيه هو الحد الفاصل بين التصـرفات التى تنفذ فى حق الدائنين وبين تلك التى لا تنفذ فى حقهم أيا كـان الشخص الذى يصدر منه التصرف مدينا كان أو حائزا ودون تفرقة بين الحاجزين دائنين عاديين كانوا أو من أصحاب الحقوق المقيدة ، ذلك أن ما اشترطه القانون المشار إليه لنفاذ التصـرف فـى حـق الدائن العادى الحاجز من أن يكون هذا التصرف مشهرا قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية إنما قصد به إلى مخالفة ما كـان يجـرى عليـه القضاء فى ظل قانون المرافعات السابق عليه من الإكتفاء بالنسـبة لهذا الدائن بثبوت تاريخ التصرف قبل تسجيل التنبيه " .

(ب) – " إذ كان قانون المرافعات – السابق – الذى يحكم واقعة الدعوى قد اعتبر التصرف الذى لم يشهر قبل تسجيل التنبيه نافذا فى حق الحاجز ، فإن صدور حكم بصحة هذا التصرف لا يكون من شأنه نفاذ التصرف المذكور ما دام هذا الحكم لم يشهر قبل تسجيل التنبيه أو يؤشر بمنطوقه فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى المرفوعة بصحة هذا التصرف إذا كانت قد سُجلت قبل تسجيل التنبيه ، إذ أن الحكم بصحة ونفاذ العقد هو قضاء بانعقاده صحيحا ونافذا بين طرفيه ولكنه لايعطى لأى منهما مزية فى المفاضلة مع حق سابق مشهر كالحق المترتب للحاجز على تسجيل التنبيه ، وعلى ذلك فلا يصح لمن لم يسجل عقد شرائه للعقار أن يحتج بعقده على نازع الملكية استنادا إلى القول بأنه مادام البيع حجة على البائع فهو حجة على دائنه العادى المعتبر خلفا عاما ، ولما كان الثابت من تقريرات الحكم المطعون فيه أن عقد شراء الطاعنة للمنزل الذى تستند إليه فى دعواها – بثبوت ملكيتها له – لم يشهر كما لو يشهر الحكم الصادر بصحته ونفاذه فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بعدم قبول دعواها على أن هذا التصرف لاينفذ فى حق الدائن نازع الملكية لعدم شهره قبل تسجيل نزع الملكية فإنه يكون قد طبق القانون فى هذا الخصوص تطبيقاً صحيحا ".

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠)

ثانياً : الشرط الواجب توافرها فى الحائز للعقار :

الحائز للعقار هو من يباشر الدائن المرتهن فى مواجهته حقه فى التتبع . واصطلاح الحائز هنا مستعمل فى معنى خاص يختلف عن المعنى المألوف لهذا الاصطلاح ، فلا يقصد بالحائز هنا من تكون له الحيازة العرضية للعقار كمستأجره ولا من تكون له حيازة هذا العقار كواضع اليد بل الحائز هنا كما عرفته الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٠) كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون **ويمكن إرجاع الشروط التى يجب توافرها فى الشخص لكى يعتبر حائزا إلى ما يأتى :**

١- يجب أن تنتقل إليه ملكية العقار المرهون أو على الأقل حق عينى عليه يمكن رهنه ، وبمعنى آخر يمكن بيعه بالمزاد العلنى لأن الحقوق التى يمكن بيعها بالمزاد العلنى هى وحدها التى تكون قابلة لأن ترهن .

والحكمة من ذلك هى أن الغرض من مباشرة حق التتبع هو التنفيذ على الحق فى يد الحائز ذلك التنفيذ الذى ينتهى ببيع العقار بالمزاد العلنى .

والحقوق العينية التى يمكن بيعها بالمزاد العلنى هى الملكية وحق الانتفاع وملكية الرقبة .

وعلى ذلك لايعتبر حائزا من اكتسب على العقار حق ارتفــاق ، لأن حق الارتفاق لايمكن بيعه مســتقلا عــن العقــار المخــدوم ، ولايعتبر حائزا من قرر له على العقار حق استعمال أو حق سكنى ، لأنهما حقان شخصيان لصاحبيهما فلا يمكن بيعهما ، ولايعتبر كذلك حائزا المرتهن حيازيا ، إذ لا يمكن بيع حق الرهن بالمزاد مســتقلا عن الالتزام المضمون .

ومع ذلك فالدائن المرتهن يحتج بحقه فــى مواجهــة أصــحاب الحقوق السابقة ويكون مظهر هذا الاحتجاج لاتتبع هذه الحقــوق ، ولكن التنفيذ على العقار فى مواجهة المدين الراهن مع تجاهل هــذه الحقوق . أما إذا كان الحق الذى ترتب للغير من الحقــوق العينيــة التبعية كالرهن فنكون بصدد مباشرة الحق فى التقدم وليس الحق فى التتبع [١].

وانتقال الملكية أو الحق العينى قد يكون بأى سبب من أســباب كسب الملكية والحقوق العينية فيصح أن يكون مصدره العقد كالبيع أو المقايضة أو الهبة أو الشركة ، كما يجوز أن ينشأ عن تصــرف من جانب واحد كالوصية .

ويجوز أن يكون مبناه عمل من جانب الحائز ذاته كالشــفعة أو التقادم .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٩٤ ومابعدها – سمير عبد السيد تناغو ص ٢٧٠ ومابعدها .

كذلك لايهم أن يكون انتقال الملكية بمقابل أو بغير مقابل ، ولا أن يكون بين الأحياء أو بسبب الوفاة[1] .

وتفصح عن ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٠) التى تجرى على أن : " يعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن ..".

وهذا ما أخذت به محكمة النقض – دون نص – فى ظل القانون المدنى القديم إذ قضت بأن :

(أ)" إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية فإن تملكه للعقار لايستتبع حتما انقضاء الرهن بل يكون للدائن المرتهن الحق فى نزع ملكية العقار وفاء لدينه ولايصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن إذ هذا يؤدى إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذى كفله نص المادة ٥٥٤ من القانون المدنى من استيفاء دينه بالأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون ، كما أن فيه إجازة لسقوط حق الرهن استقلالا عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا ينقضى إلا بانقضائه " .

---

(١) السنهورى ص ٤٠٩ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٩٩ – محمد على إمام ص ٣٤٦ – محمد كامل مرسى ص ٢٠٦ .

(ب) – " إذا كان حائز العقار المرهون لم يتلق الملكيـة مـن المدين بل تلقاها عن غير طريقه سواء أكان ذلك بطريق الشراء من آخر أو بطريق وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية فلا علـى الدائن المرتهن إذا هو لم ينذره أن يتخذ إجراءات نزع الملكية فـى مواجهته عملا بالمادة ٦٩٧ مدنى مختلط التى تحكم واقعة الدعوى".

(طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا انتقلت ملكية العقار المرهون أو أى حق عينى على هـذا العقار قابل للرهن ، إلى شخص غير الراهن ، بأى سبب من أسباب كسب الملكية ، ولو كان من طريق التقادم ، وكان هـذا الشـخص غير مسئول شخصياً عن الدين ، فإنه يسـمى ، الحـائز للعقـار ، ويتلقى العقار مثقلا بالرهن ، وللدائن المرتهن حق تتبع العقار وهو فى ملكيته ، ويستطيع أن ينفذ عليه ، فيتحمل الحائز إجراءات نزع الملكية إلا إذا اختار أن يدفع الدين أو أن يطهر العقار من الرهن ، أو أن يتخلى عن العقار المرهون "[١].

ولايعتبر الوارث حائزا ، إذ يترتب على مبدأ ألا تركة إلا بعـد سداد الديون ، أن العقار المرهون لاينتقل إلى الوارث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن ، أى بعد زوال الرهن ، وعلى ذلـك فـلا يكون الوارث مالكا لعقار مرهون .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٩٤ .

وإذا صفيت التركة وفقا للأحكام التى أوردها التقنـين المـدنى الجديد (٨٧٦- ٩١٤) وكان الدين المضمون بالرهن لم يحل أجل الوفاء به بعد ولم تحكم المحكمة بحلول هذا الأجل وفقا لحكم المادة (٨٩٤) ، ووزعت المحكمة العقار المرهون على الورثـة ، فإنهـا توزع عليهم كذلك الدين المضمون بالرهن بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكـون فـى نتيجتـه معادلا لصافى حقه فى الإرث (المـادة ١/٨٩٥) ، وعلـى ذلـك لايعتبر الوارث الذى يقع العقار المرهون فى نصيبه حائزا ، لأنـه يكون ملتزما شخصيا بالدين [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويلاحظ أن الوارث فى القانون الفرنسـى ، وهـو مسـئول شخصياً عن دين المورث ، لا يكون حائزاً للعقار المرهون ، أمـا الوارث في الشريعة الإسلامية فلا يعتبر هو أيضا حـائزاً للعقـار المرهون ، ولكن لسبب آخر ، فهو وإن لم يكن مسئولا شخصياً عن دين المورث ؛ إلا أن المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الـدين من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أى بعد زوال الرهن ، فلا محـل إذن لأن يكون حائزاً لعقار مرهون . وإذا صـفيت التركـة وفقـاً

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٩٧ .

للإجراءات التى نظمها المشروع ، ووقع فى نصيب الوارث عقار مرهون وتحمل ما عليه من الدين طبقاً للقواعد التى سبق ذكرها فى تقسيم الديون المؤجلة على الورثة ، فإن الوارث يكون فى هذه الحالة مسئولا شخصياً عن الدين ، فلا يجوز اعتباره حائزاً للعقار المرهون .

أما الموصى له والشفيع ومن ملك بالتقادم فإن هؤلاء جميعاً يعتبرون حائزين للعقار ، لهم حق الخيار المتقدم ".[1]

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الحائز فى التنفيذ العقارى الذى أوجبت المادة ٦٢٦ من قانون المرافعات السابق إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار هو – كما عرفته المادة ١٠٦٠/٢ من القانون المدنى – كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين ، مما مؤداه – وعلى ما قررته الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن الوارث لا يعتبر حائزا للعقار المرهون من المورث لأن المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون وزوال الرهن ، ولما كانت الطاعنة من ورثة المدين فلا تعتبر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٩٤ومابعدها .

حائزة للعقار المرهون موضوع التنفيذ بحيث يلزم إنذارها كمقتضى المادة ٦٢٦ سالفة الذكر " .

(طعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٠/٢٢)

والكفيل العينى ولو أنه غير مسئول شخصيا عن الدين لا يعتبر حائزا إذ هو يملك العقار المرهون من الأصل ، ولذلك لايجوز له تطهيره من الرهن [١].

٢- أن يكون الحائز قد انتقلت إليه الملكية بعد قيد الراهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإذا سجل الحائز حقه قبل قيد الرهن فالرهن لا يسرى فى مواجهته . ذلك أن المادة ٤٠٥ من قانون المرافعات تقضى بأن :

" لاينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العينى فى العقار ولاينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ولا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل بعد شهر تسجيل تنبيه نزع الملكية " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " حائز العقار المشار إليه بالمادة ٥٧٤ من القانون المدنى

---

(١) محمد على إمام ص ٣٤٥ – سمير عبد السيد تناغو ص ٢٧٣ .

لايمكن مبدئيا أن يكون إلا من آلت إليه من المدين ملكية العقار أو حق انتفاع عينى عليه ، فأصبح بمقتضى ماله من الملكية أو حق الانتفاع صاحب مصلحة فى الدفاع عنه ومنع بيعه إذا استطاع . والذى تدل عليه عبارة تلك المادة أن إنذار الحائز إنما يكون واجبا فى صورة ما إذا كان لهذا الحائز وجود فى ذلك الظرف الزمنى الذى ينبه فيه الدائن المرتهن على مدينه بالوفاء وينذره بنزع الملكية " .

(طعن رقم ١٨ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١٢/١٩)

(ب)- "لايلزم أن يكون عقد الحائز مسجلا قبل تاريخ إعلان التنبيه على المدين بنزع الملكية ، بل يكفى أن يكون تسجيل عقده حاصلا قبل حصول تسجيل التنبيه المذكور حتى يعتبر حائزا واجبا على الدائن المرتهن إنذاره قبل رفع دعوى نزع الملكية كمقتضى المادة ٥٧٤ بحيث لو كان تسجيل عقده حاصلا بعد تسجيل ذلك التنبيه فليس على هذا الدائن إنذاره بل له المضى فى الإجراءات وتكون إجراءاته صحيحة كما تقدم " .

(طعن رقم ١٨ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١٢/١٩)

(ج)- " الحائز فى التنفيذ العقارى هو من اكتسب ملكية عقار مرهون أو حقا عينيا عليه بموجب سند مسجل سابق فى تسجيله على تسجيل تنبيه نزع الملكية ودون أن يكون مسئولا شخصيا عن

الدين المضمون بالرهن . ولا يكفى أن يستند مدعى هذه الصفة فى ملكيته للمبانى المتخذ بشأنها إجراءات التنفيذ إلى عقود عرفية غير مسجلة ليس من شأنها أن تنقل الملكية ".

(طعن رقم ٩٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٧)

(د)- " مفاد نص المادة ٢/١٠٦٠ من القانون المدنى والمادة ١/٦٢٦ من قانون المرافعات السابق ، أن الحائز فى التنفيذ العقارى هو من اكتسب ملكية عقار مرهون أو حقا عينيا عليه يجوز رهنه وذلك بموجب سند مسجل سابق فى تسجيله على تسجيل تنبيه نزع الملكية دون أن يكون مسئولا شخصيا عن الدين المضمون ، وأن إنذار الحائز وما يترتب على الإنذار وعدمه لا شأن له - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا بالنسبة للدائن المرتهن أو الدائن صاحب حق الإختصاص الذى حكمه حكم المرتهن ، بما له من حق تتبع العقار فى أى يد يكون ، أما الدائن العادى ففكرة الحيازة الواجب إنذار صاحبها منتفية بالنسبة له تماما ، ذلك أنه متى كان المدين قد تصرف فى العقار تصرفا شهر قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن التصرف ينفذ فى حق هذا الدائن العادى ، ولايجوز له وهو لايملك حقا عينيا على العقار المذكور يحتج به على من تنتقل إليه الملكية ، أن يتخذ إجراءات التنفيذ على ذلك العقار الذى خرج من ملكية مدينه " .

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٨)

(هـ) - مفاد نصوص المواد ١٠٣٠ ، ١٠٦٠ ، ١٠٧٢ من القانون المدني والمادة ٤١١ من قانون المرافعات المماثلة للمادة ٦٢٦ من قانون المرافعات السابق أن للدائن المرتهن حقا عينيا على العقار المرهون يخوله مزية التتبع فيحق له عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار . والحائز هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - كل من اكتسب ملكية العقار المثقل بحق عيني تبعي أو حقا عينيا عليه بموجب سند سابق في تسجيله على تسجيل تنبيه نزع الملكية دون أن يكون مسئولا شخصيا عن الدين المضمون ، ومادام هذا الحائز قد تم إنذاره بالدفع أو التخلية طبقا للقانون فلم يختر أيا منهما فإن للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون تحت يده ".

(طعن رقم ٧٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤)

٢٠٦- زوال سلطة التتبع عن سند الحائز :

هناك حالات تنتقل فيها ملكية العقار المرهون من المدين إلى الغير بعد قيد الرهن ، ومع هذا يفقد الدائن المرتهن حقه في تتبع العقار . فمثل هذه التصرفات تؤدي إلى انقضاء حق التتبع ، وإن كان ذلك لايمس حق الدائن في التقدم على الثمن . فحق التقدم يمتد إلى ما بعد انقضاء حق التتبع .

وقد يرجع زوال سلطة التتبع عن سند الحائز إلى طبيعة الأموال

المتصرف فيها والتى كـان يشـملها الـرهن . مثـل العقـارات بالتخصيص ، وما يتم التصرف فيه باعتباره منقولا بحسب المآل . فإذا تم التصرف فيها بصفة مستقلة عن العقار المرهون وفصـلت منه وتم تسليمها إلى المتصرف إليه حسن النية فإنـه يسـتطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية . ومن ثم تخلص لـه ملكيتها خالية تماما مما كان يثقلها من قيود . ومعنى هذا خلوها من الرهن وما يترتب عليه من آثار كحـق التتبـع . ولكـن إذا كـان المشترى لم يسدد الثمن إلى الراهن فإن الدائن يملك ممارسة حـق التقدم على الثمن على التفصيل السابق دراسته [١].

كما أن هناك بعض التصرفات التى يترتب عليها تطهير العقار مما يثقله من رهون بقوة القانون . فهذه التصرفات فى حـد ذاتهـا تطهر العقار وتحرره مما يثقله من رهون .

ففى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، فإن الغرض من نـزع الملكية هو تخصيص العقار للمنفعة العامة ، ومن ثم فإن بيعه جبريا يتعارض مع هذا الغرض . ولهذا ينقضى حق التتبـع فـلا تعتبـر الدولة حائزة للعقار ومن ثم لايجوز تتبعه تحت يدها وتنتقل حقـوق الدائنين إلى الثمن حيث لهم ممارسة حق التقدم على مقابـل نـزع الملكية .

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ٤٧١ ومابعدها .

كما يتحقق ذلك فى حالة استيلاء الحكومة على القدر الزائد من الأراضى الجائز تملكها بناء على قانون الإصلاح الزراعى . وتقضى المادة السابعة من هذا القانون على أنه : " إذا كانت الأرض التى استولت عليها الحكومة مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز ، استنزل للحكومة من قيمة المستحق لصاحب الأرض ما يعادل كامل الدين المضمون بهذا الحق ، وللحكومة ، إذا لم تحل محل المدين أن تستبدل بها سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات فى مدة لاتزيد عن ثلاثين سنة... الخ" .

وفى حالة بيع العقار المرهون بيعا جبريا ، فإن تسجيل حكم مرسى المزاد يترتب عليه تطهير العقار وينصب حق الدائن على الثمن الذى رسا به المزاد (م٤٥٠ مرافعات) .

٣- أن يكون الحائز قد شهر حقه بعد قيد الرهن ، فإذا لم يكن قد شهر حقه أصلا فلا يعتبر حائزا ، فالمشترى بعقد غير مسجل لايعتبر حائزا ، والتنفيذ على العقار يتخذ فى مواجهة البائع . أما إذا كان الغير قد شهر حقه قبل قيد الرهن ففى هذه الحالة لايحتج بالرهن فى مواجهته ولا يمكن تتبع العقار تحت يده كما ذكرنا من قبل . فمتى يعتبر الغير حائزا ينبغى أن يكون قد شهر حقه بعد شهر حق الرهن.

أما إذا كان انتقال ملكية العقار المرهون بسبب قانونى غير قابل للتسجيل كتملكه بوضع اليد المدة الطويلة فلا يتصور التسجيل .

٤- أن يكون الحائز غير ملتزم شخصيا بالدين إذ هو لو كان مسئولا عن الدين فى ذمته لكان للدائن أن ينفذ على العقار الذى يملكه بناءعلى حق الضمان العام ودون حاجة لاستعمال حق التتبع. هذا فضلا عن أن الحائز يملك تخليص العقار من الرهن عن طريق التطهير حتى ولو لم يستوف الدائن كل حقه أو استوفاه قبل حلول الأجل ، كما أنه يستطيع تفادى إجراءات نزع الملكية بالتخلى عن العقار ، وكل ذلك لايمكن تصوره إذا كان ملتزما شخصيا بالدين .

وعلى ذلك لايعتبر حائزا مشترى العقار الذى يلتزم شخصيا بالدين سواء باعتباره شريكا فى الدين متضامنا أو غير متضامن[١] مع المدين أو حتى باعتباره كفيلا شخصيا أو عينيا .

ولايجوز لهؤلاء تطهير العقار ، وإنما أجيز للكفيل العينى التخلية لأنه غير مسئول عن الدين إلا فى حدود العقار المرهون فيمكنه أن يتخلى عنه[٢] .

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٠٧ - محمد على إمام ص ٣٤٧ - همام محمد زهران ص ٤٩٥ .

(٢) السنهورى ص ٤١٠- محمد كامل مرسى ص ٢٠٧ .

مــادة (١٠٦١)

يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما فى ذلك ما صرف فى الإجراءات من وقت إنــذاره . ويبقى حقه هذا قائما إلى يوم رسو المزاد . ويكون له فــى هــذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالــك الســابق للعقار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذى اســتوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقا بتأمينــات قــدمها شخص آخر غير المدين .

الشــرح

٢٠٧- قضاء الحائز للدين أو تطهيره للعقار أو تخليه عنه :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (١٠٦٠) تنص على أنه يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الــدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه .

فالحائز يستطيع الحيلولة بين الدائن المرتهن ونزع ملكية العقار المرهون بإحدى وسائل ثلاث هى :

١- قضاء الحائز للدين .

٢- تطهير الحائز للعقار من الرهن .

٣- تخلى الحائز عن العقار .

وسنعرض فى البند التالى لقضاء الحائز للدين ، أما الوسيلتين الأخريين فسنتناولهما فى موضعهما .

٢٠٨- قضاء الحائز للدين :

كثيرا ما يجد الحائز أن قيامه بوفاء الدائن المرتهن هو السبيل الذى يتفق مع مصلحته . ويتحقق ذلك على الأخص فى حالة ما يكون الحائز قد اشترى العقار بثمن يزيد على مبلغ الدين أو يوازيه وكان هذا الثمن باقيا فى ذمته لم يدفعه بعد . فهو إذا وفى الدين فى هذه الحالة أمكنه تخليص عقاره من الرهن وبرئت ذمته فى الوقت نفسه قبل البائع بمقدار ما دفعه للدائن من الثمن . كذلك قد يكون الدين المطلوب للدائن أكثر من ثمن العقار أو الباقى منه فى ذمة الحائز أو قد يكون العقار آل إلى الحائز من غير عوض ، فيقوم هذا الأخير رغم ذلك بوفاء الدين نظرا لأن قيمة العقار تزيد على مقدار الدين أو لأنه يرغب فى الاحتفاظ بهذا العقار مهما كانت الظروف . ومما يشجعه على ذلك اطمئنانه إلى أنه سوف يستوفى ما يدفعه زيادة عما هو مستحق فى ذمته ، وذلك عن طريق الرجوع على المسئول قبله بالضمان وكذلك الرجوع على المدين المسئول عن الدين والحلول محل الدائن قبله والاستفادة بالتالى من العقارات الأخرى المرهونة .

٢٠٩. ما يجب دفعه :

إذا أراد الحائز تفادى إجراءات نزع الملكية التى تهدده ، وجب عليه أن يوفى الدائن جميع الديـون المضمونة بالرهن أو بالرهون المرتبة على العقار الذى آل إليه .

وهذه الديون تشمل أصل الدين والملحقات التى يضـمنها القيـد كالفوائد التى يضمنها القيد الأصلى ، والفوائد التى أجرى بها قيـد خاص قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ومصروفات الـرهن والقيـد والتجديد والتنبيه والإنذار وما تم من إجراءات بعد الإنذار .

ويجب على الحائز أن يوفى الدائن بذلك كله لأن الرهن غيـر قابل للتجزئة وللدائن أن ينفذ على العقار لاستيفاء أى جزء يبقى من الدين ولو كان يسيرا ، هذا فضلا عن أن من حقه أن يرفض الوفاء الجزئى ، وينبنى على ذلك أن الحائز إذا رغب فى تفادى إجراءات نزع الملكية عن طريق الوفاء بالدين وجب عليه أن يـدفع للـدائن المرتهن كل المبالغ المضمونة بـالرهن فضـلا عـن مصـاريف الإجراءات من يوم الإنذار .

وإذا كان الحائز لا يرغب فى قضاء كل الديون التى تثقل العقار فإنه يستطيع الوفاء بدين واحد أو أكثر من الدائنين المتقـدمين فـى المرتبة دون بقية الدائنين المرتهنين ويحل بذلك محلهم فى المرتبـة

المتقدمة بما يؤدى عملا إلى إحجام الدائنين المتأخرين عن اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار [١].

والحائز لا يحتاج فى ذلك إلى رضاء المدين أو الدائن ولايستطيع الأخير أن يلزمه بوفاء الدين إلا فى الحالة المنصوص عليها بالمادة (١٠٦٣) كما سنرى [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يختار الحائز أن يدفع الدين إذا كان أقل من الثمن المستحق ، أو كان على العقار رهون متعددة ، وكانت قيمة الرهن الأول (أو بعض الرهون الأولى) تعدل قيمة العقار إذا بيع فى المزاد دون أن تزيد على الثمن المستحق ، فيؤثر فى هذه الحالة أن يدفع الدين المضمون بالرهن الأول ويحل محل الدائن المرتهن فى هذا الرهن وفى غيره من تأمينات أخرى ، يكون المدين قد قدمها . ولكن لا يحل محل الدائن المرتهن ضد كفيل عينى ، بخلاف الكفيل العينى ، فإنه يرجع على الحائز . فإذا أراد الدائنون المرتهنون التالون ، أن ينزعوا ملكية العقار . وجدوا أمامهم الحائز وقد حل محل الدائن المرتهن الأول بحق مقدم على حقوقهم يجعل إجراءاتهم لا فائدة فيها وهذه الطريقة عملية للتخلص من الدائنين المرتهنين . لذلك يجب

---

(١) محمد على إمام ص ٣٥٦ – سليمان مرقس ص٢٤٢ .

(٢) محمد على إمام ص ٣٣٥ ومابعدها .

على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن ، وأن يجدد هذا القيد عند الاقتضاء إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز ، أما القيود التى تأتى بعد هذا التسجيل فلا تنفذ فى حقه "[1] .

٢١٠- الوفاء يكون عند حلول الأجل :

لايلتزم الحائز بالوفاء بقيمة الدين وملحقاته إلا عند حلول أجل الدين . وعلى هذا تنص المادة صراحة . كما أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة التى من مقتضاها أن الحائز يستفيد من الأجل الممنوح للدين كما يحرم من كل أجل يضيع عليه .

٢١١- وقت قضاء الدين :

لايتعين على الحائز قضاء ديون الدائنين المرتهنين بمجرد إنذاره بذلك ، ولم يعين القانون له أجلا يقوم فيه بالوفاء ، بل أجاز له ذلك فى أى وقت ولو كان الدائنون المرتهنون قد ساروا فى إجراءات نزع الملكية مادام لم يصدر الحكم برسو المزاد ولم يصبح هذا الحكم نهائيا بانقضاء ميعاد زيادة العشر دون التقرير بها .

غير أن الحائز من مصلحته المبادرة بالوفاء ليتفادى التحمل بالمصروفات المتمثلة فى فوائد الديون ومصروفات الإجراءات التى يتخذها الدائن بعد إعلانه بالإنذار بالدفع أو التخلية [2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٠١ .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٥٧ – همام محمد زهران ص ٥١١ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومادام العقار المرهون لايزال فى ملكية الحائز ، أى إلى يوم رسو المزاد ، يستطيع هذا أن يختار دفع الدين مع عرض ما صرف فى الإجراءات ، من وقت إنذاره ، ويرجع بذلك على المدين. وإذا كان الراهن غير المدين فله أن يرجع على الراهن أيضاً [١].

٢١٢ـ رجوع الحائز بما يوفيه من دين :

إذا كان الحائز مدينا بدين الثمن وقام بوفاء الدائنين المرتهنين فى حدود ما يلتزم هو به بسبب اكتسابه العقار المرهون ، فهو لايرجع بعد ذلك بشئ على المدين الراهن . لأنه فى نفس الوقت الذى وفى فيه دين الراهن قام بوفاء دينه هو أيضا قبله .

أما إذا كان الحائز غير مدين بسبب امتلاك العقار المرهون ، بأن كان قد دفع الثمن ، أو كانت الديون التى وفاها للدائنين تزيد على دين الثمن ، فله الرجوع بما دفعه زيادة على ما يلتزم هو به أصلا . وهو يرجع إما بدعوى شخصية أو دعوى الضمان أو دعوى الحلول محل الدائنين ، وذلك بالتفصيل التالى .

١ – الدعوى الشخصية على المدين :

إذا كان ما وفاه الحائز سدادا للدين المضمون بالعقار ليس مدينا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٠٢ .

بما يعادله بسبب اكتسابه العقار من المدين ، ثبت له الرجوع بما وفاه سدادا لهذا الدين على المدين بمقتضى دعوى الإثراء بلا سبب بأقل القيمتين : قيمة الإثراء وقيمة الافتقار على أساس أن المدين قد برئت ذمته – أثرى – دون أن يدفع شيئا ودون أن يكون دائنا بما يعادله للحائز وفى نفس الوقت افتقر الحائز بسبب هذا الوفاء بالنظر لأنه لم يكن مدينا بشئ بسبب اكتسابه العقار . كما إذا آل إليه العقار بغير مقابل (هبة – وصية) أو بمقابل ثم دفعه فيما سبق أو بثمن يقل عما وفاه قضاء للدين . وفى هذه الحالة يكون للحائز استيفاء لما هو دائن به أن ينفذ على جميع أموال المدين بمقتضى ماله من حق الضمان العام .

٢- رجوع الحائز على سلفه بدعوى الضمان :

للحائز الموفى الرجوع بدعوى الضمان على سلفه أى ضد من تلقى الملكية منه ، سواء كان المدين أو غيره ، بشرط أن يكون التصرف مما يوجب الضمان .

إذ تجب التفرقة بين ما إذا كان الحائز قد تلقى الملكية بمقابل أو بدون مقابل .

فإذا كان الحائز قد تملك بمقابل كان له أن يرجع على سلفه بضمان الاستحقاق وفقا للقواعد الواردة فى عقد البيع (م٤٤٣ – ٤٤٤) .

وإذا كـــان قد تلقى الملكية تبرعا لم يكن له الرجوع على سلفه إلا إذا كانت الهبـــة بعوض أو كان قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق (١/٤٩٤) .

ويلاحظ أنه إذا كان المدين هو المالك السابق (سلف الحـــائز) كان الحائز مخيرا بين الرجوع عليه على أساس ضمان الاستحقاق أو يطالبه بالدين بالدعوى الشخصية أو يرجع عليه بدعوى الحلـــول محل الدائنين[١] .

(أنظر أيضا شرح المادة (١٠٨٠) .

٣- رجوع الحائز بدعوى الحلول محل الدائن :

تقضى المادة بأن يكون للحائز : " أن يحل محل الـــدائن الـــذى استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان متعلقا بتأمينات قـــدمها شخص آخر غير المدين ".

وهذا النص فيه خروج على حكم القواعد العامة فى الحلول التى تقرر حلول الموفى محل الدائن فى حقه وما يكفل هذا الحـــق مـــن تأمينات سواء كانت مقدمة من المدين أو غير المدين (مادة ٣٢٩). وعليه يبدو مظهر الخروج الذى قررته المادة ١٠٦١ بالنسبة للكفالة الشخصية والكفالة العينية المقدمة لضمان الدين الذى قضاه الحائز ، إذ لا يحل هذا الأخير محل الدائن بالنسبة لها . ويعلل هذا الخروج

---

(١) نعمان أبو السعود وهمام زهران ص ٤١٣ ومابعدها .

بأنه لو كان العقار قد بقى فى يد المدين لما كان للـدائن أن يرجـع على الكفيل ، فلا يصح أن يسوء مركز الكفيل لمجرد قيام المـدين بالتصرف فى العقار للحائز . وبالعكس حيث يكون الكفيل هو الذى وفى فإنه يحل محل الدائن بالنسبة للحائز .

وإذ كانت المادة (١٠٦١) قد قيدت حلول الحائز بالنسبة للكفلاء ، فهذا الحلول أيضا يتقيد بالنسبة للحائزين الآخرين ، ولكن مصـدر القيد فى هذه الحالة هو القواعد العامة . فلقد نصت المـادة (٣٣١) على أنه إذا أوفى حائز العقار المرهون كل الـدين وحـل محـل الدائنين فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمـة ما حازه من عقار . ولمثل هذا الحائز أن يرجع بـدعوى الحلـول على الحائزين الآخرين ، سواء فى حالة تعدد العقارات المرهونـة فى دين واحد ، أو فى حالة تعدد المشترين للعقار المرهون ولكـن ليس له أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه فى الـدين حسـب قيمة ما يكون حائزا له[1] .

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٥٣ – سمير عبد السيد تناغو ص ٢٨٤ .

مادة (١٠٦٢)

يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز .

الشرح

٢١٣ـ احتفاظ الحائز بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن :

إذا حل الحائز محل الدائن فيما له من رهن على العقار تكون له نفس مرتبة الدائن ، فيتقدم عليه من يكون أسبق منه ويلحق به الدائن المتأخر عنه . ومن واجبه أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن ، وأن يجدد هذا القيد عند الاقتضاء إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز ، أما القيود التى تأتى بعد هذا التسجيل فلا تنفذ فى حقه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... لذلك يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن ، وأن يجدد هذا القيد عند الاقتضاء إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز ، أما القيود التى تأتى بعد هذا التسجيل فلا تنفذ فى حقه "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٠١ .

مادة (١٠٦٣)

١- إذا كان فى ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل .

٢- فإذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا ، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايرا لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعا أن يطالبوا الحائز بدفع ما فى ذمته بقدر ما هو مستحق لهم . ويكون الدفع طبقا للشروط التى التزم الحائز فى أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفى الأجل المتفق على الدفع فيه .

٣- وفى كلتا الحالتين لايجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصا من كل رهن ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من القيود .

الشرح

٢١٤- قضاء الحائز الدين جبرا :

رأينا أن وفاء الدين من جانب الحائز أمر اختيارى متروك لتقديره ، ومع ذلك فهناك من الحالات ما يبدو فيها أن قيام الحائز

بوفاء الدين للدائن هو السبيل الطبيعى الذى يحقق مصالح كل ذى شأن ، ومن ثم فقد أوجب المشرع على الحائز سداد هذا الدين .

ويبدو من النص أن قضاء الدين يصبح واجبا على الحائز فى حالتين :

(الحالة الأولى) :

إذا كان مستحقا حالا فى ذمة الحائز بسبب اكتسابه ملكية العقار مبلغا – لم يتم الوفاء به بعد للبائع– كافيا بكامل الديون المضمونة بالعقار . وكان الحائز قد سجل سند ملكيته حتى لايستجد بعد ذلك دائنون آخرون تنفذ حقوقهم قبله إذ فى هذه الحالة لا مصلحة للحائز في عدم الوفاء بالديون المقيدة ومن ثم يصبح مسئولا شخصيا عن الوفاء بهذه الديون . ويملك كل واحد من الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة إجباره على وفاء ما هو مطلوب له ، ويستطيع التنفيذ بذلك على المال المرهون وغيره من أموال الحائز[1] .

(الحالة الثانية) :

إذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز بسبب اكتسابه ملكية العقار غير واجب الأداء حالا أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين أو مغايرا لها . واتفق الدائنون جميعا على أن يطالبوا الحائز بالوفاء لهم بما فى ذمته بقدر ما هو مستحق لهم وطبقا للشروط المتفق عليها فى أصل تعهده وفى الأجل المحدد أصلا للوفاء بالتزامه .

---

(١) توفيق حسن فرج ص ١٢٨ – محمد على إمام ص ٣٦٠.

والحائز فى هذه الحالة لن يضار متى كان سيدفع طبقا للشروط التى التزم بها وفى الأجل المحدد . وإذا ما دفع تخلص من الرهون ولو كان ما دفعه أقل من الديون المضمونة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والأصل أن دفع الحائز للدين أمر اختيارى ، ولكنه ينقلب إجبارياً ، ويصبح للدائن المرتهن الحق فى استيفاء الدين من الحائز فى حالتين :

(أ) إذا كان المستحق فى ذمة الحائز ، بالسبب الناقل لملكية العقار ، مبلغاً واجب الأداء حالا ، ويكفى لوفاء الدين ، ويشترط أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته حتى لايستجد دائنون ينفذ حقهم قبله . ففى هذه الحالة لا مصلحة للحائز فى أن يدفع المستحق فى ذمته للراهن ، ويجوز للدائن المرتهن أن يجبره على الوفاء له هو.

(ب) أما إذا كان المستحق فى ذمة الحائز غير واجب الأداء حالا أو كان أقل من الدين المضمون أو مغايراً له ، فللدائنين المرتهنين إذا اتفقوا جميعاً إجباره على الدفع لهم ولكن فى الميعاد المحدد وبقدر ما فى ذمته ، فإذا دفع تخلص من الرهون ولو كان مادفعه أقل من الديون المضمونة .

ولايجوز للحائزفى الحالتين أن يتخلص من الدفع للدائنين بالتخلى عن العقار "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص١٠٢ .

٢١٥- مسئولية الحائز عن الدين مسئولية شخصية :

في الحالتين السابقتين للوفاء الجبرى ، يصبح الحائز مسئولا شخصيا عن الدين فى مواجهة الدائنين ، ويضمن الوفاء به كافة أموال الحاجز . ولايجوز له أن يتخلى عن العقار ، لأن من شروط التخلية ألا يكون الحائز مسئولا شخصيا عن الدين ، والتخلية لاتجوز إلا للمسئول عن الدين مسئولية عينية[١] .

٢١٦- تطهير العقار من كل رهن :

قضاء الديون جبرا فى الحالتين السابقتين يؤدى إلى تطهير العقار من كل رهن ، ويحق للحائز أن يطلب محو القيد على العقار . وهذا ما تنص عليه المادة صراحة . ويتطهر العقار من كل رهن حتى ولو لم يستوف الدائنون كل حقوقهم .

٢١٧- حالة ثالثة للوفاء الجبرى طبقا للقواعد العامة :

تنص القواعد العامة الواردة فى المادة ٣/٤٩٩ مدنى على أنه : " إذا كان الشئ الموهوب مثقلا بحق عينى ضمانا لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ".

ونحيل فى تفصيل ذلك إلى شرح المادة (٤٩٩) بالمجلد السابع.

---

(١) محمد على إمام ص ٣٦١ – حسام الدين الأهوانى ص ٤٩٢ .

مادة (١٠٦٤)

١- يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند .

٢- وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع .

الشرح

تطهير العقار المرهون :

٢١٨- المقصود بتطهير العقار :

يقصد بتطهير العقار purge تخليصه من كافة الرهون التي عليه وذلك بقيام الحائز بعرض قيمته على أصحاب الرهن المقيدة قبل تسجيل سند انتقال الملكية إليه ، فإذا قبلها الدائنون دفعها لهم الحائز وتحرر العقار من كافة الرهون حتى ولو بقي شئ من الديون المضمونة ، وإذا لم يقبلها كلهم أو بعضهم بيع العقار بالمزاد وترتب على ذلك في النهاية تخليصه من الرهون كذلك .

فالتطهير وسيلة يتفادى بها حائز العقار ما يترتب على مباشرة حق التتبع من بيعه بالمزاد العلني . وتبدو مصلحته في إجرائه إذا كان الدين المضمون بالرهن أكثر من قيمة العقار ، كما إذا كان المضمون ١٥٠٠جنيه . والعقار لايساوى أكثر من ١٠٠٠جنيه . فهو لا مصلحة له في هذه الحالة في أن يوفي بكل الدين ويرجع بعد

ذلك بما دفعه زيادة عما هو مستحق فى ذمته ، خاصة إذا لم تكن هناك أموال أخرى ضامنة لوفاء نفس الدين . بل الأفضل له أن يعرض قيمة العقار ، لأن حق الدائن المرتهن منصب فى الواقع على هذه القيمة وهى التى سيحصل عليها فى النهاية بعد اتخاذ إجراءات نزع الملكية . فإن قبلها الدائن وفر على نفسه إجراءات نزع الملكية ورجع على المدين بباقى الدين وتحرر العقار نهائيا من الرهن . وإن رأى الدائن أن القيمة المعروضة بخسة وأن هناك احتمال ارتفاع الثمن الذى يرسو به العقار فى المزاد رفض القيمة التى عرضها الحائز وطلب بيع العقار فى الحال ولو كان حقه لم يحل بعد[1] .

٢١٩ـ مزايا التطهير وعيوبه :

يقدم التطهير مزايا عديدة سواء للحائز أو للمدين الراهن أو للدائن المرتهن .

فالتطهير يمكن الحائز من تخليص العقار المرهون من الرهون التى تثقله بطريقة سهلة لاتكلفه أكثر من قيمة العقار نفسه أيا كانت قيمة الديون المضمونة فالحائز يعرض على الدائنين ثمن العقار الذى غالبا ما يكون فى حدود الثمن الذى اتفق عليه مع المدين البائع ويعرض عليهم هذا الثمن قبل الوفاء به إلى البائع .

---

(١) محمد على إمام ص ٣٦٢ .

وتبدو أهمية التطهير بالنسبة للحائز إذا كانت قيمة الديون التي تثقل العقار تزيد على قيمة العقار نفسه ، فهو قد لايستطيع استرداد هذه الديون من المدين لو قام بسدادها إلى الدائنين . وبهذا يتفادى مخاطر الوفاء بالدين . كما أن التطهير يمكنه من تفادى بيع العقار جبرا لأنه يؤدى إلى تخليص العقار من الرهون ومن ثم يضمن الاحتفاظ بملكية العقار . كما أن التطهير يمكن الحائز من التخلص من الرهون فورا ودون انتظار حلول أجل الديون المضمونة بالرهن .

ويحقق التطيهر كذلك فائدة كبرى للراهن . فالتطهير يسهل على المدين العثور على مشتر لعقاره المرهون . فالمشترى إذ يعلم بإمكانية التطهير لن يحجم عن التعامل فى العقار المرهون وما عليه إلا أن يبدأ بإجراءات التطهير قبل الوفاء بالثمن للبائع ويعرض على الدائنين هذا الثمن كمقابل للتطهير . ومن ثم تتحقق مصلحة المدين فى تيسير حقه فى التصرف فى عقاراته المرهونة كما يعود كذلك بالمصلحة على الاقتصاد القومى بتيسير تداول الأموال المرهونة .

ولايخلو التطهير من فائدة بالنسبة للدائنين المرتهنين ، فهو يمكنهم من الحصول على قيمة العقار دون اللجوء إلى إجراءات البيع الجبرى . فضمان الدائن يتمثل فى قيمة العقار ، ومتى حصل الدائن على تلك القيمة فإن الرهن يحقق الهدف المرجو منه . ويقبل الدائنون التطهير بالرغم من أن القيمة المعروضة قد لاتفى بسداد

الديون إذا كانوا لا يأملون أن يحقق البيع الجبرى الوصول لثمن أعلى . ولهم حق الرجوع على المدين بما يتبقى لهم من ديون .

وقد يكون الوفاء الجزئى خير من الانتظار الطويل لإتمام إجراءات البيع الجبرى ، ويمكنهم من استثمار ما قبضوه من مبالغ قد تعوض أى نقص يسير فى مقابل التطهير عما قد تصل إليه قيمة العقار فى حالة بيعه جبرا، وقد يشجعهم إلى قبول التطهير ملاءة الذمة المالية للمدين بحيث يمكنهم الحصول على كامل حقوقهم أى ما يتبقى لهم من مبالغ فى حالة عدم كفاية مقابل التطهير لسداد كامل ديونهم .

ولقد حرص المشرع على تنظيم التطهير بطريقة تحقق قدر الإمكان التوازن بين مصلحة الحائز والدائن المرتهن . فقد يخشى أن يعرض الحائز مقابلا منخفضا لايمثل القيمة الحقيقية للعقار .

ولهذا أوجب المشرع اللجوء إلى البيع الجبرى . وهذا الإجراء يهدد أول ما يهدد الحائز ، لأن البيع الجبرى قد يؤدى إلى عدم احتفاظه بملكية العقار فالبيع سيكون لمن يقدم أعلى سعر . كما أن الإلزام باللجوء إلى البيع الجبرى فى حالة رفض الدائن للعرض يستهدف عدم لجوئه إلى المغالاة فى قيمة العقار تعنتا مع الحائز. فالبيع الجبرى سيؤدى للوصول إلى الثمن الحقيقى وقد يكون أقل مما عرضه الحائز ولهذا قد يضار الدائن .

ولابد للدائن أن يوازى أموره بدقة قبل الرفض حتى لايكون عرضة للندم كما وضع المشرع ضوابط للقيمة التى يقدرها الحائز للعقار .

ويحقق التطهير فائدة للدائنين بتيسير التصرف في العقارات المرهونة . فالإقدام على شراء هذه العقارات يؤدى إلى الحفاظ على قيمتها مما يمكن المدين من الحصول على المقابل الذى يكفى للوفاء بحقوق الدائنين[١] .

على أن ذلك كله لا ينفى أن التطهير قد يضر بالدائن المرتهن من ناحية أنه يجبره على قبول القيمة التى قدرها الحائز وهى غالبا ما تكون أقل من مقدار الدين وبذلك يلتزم بقبول الوفاء الجزئى وتجزئة الرهن على خلاف ما تقضى به القواعد العامة . هذا فضلا عن أن القيمة المعروضة قد تكون منخفضة بسبب حصول التطهير فى وقت غير ملائم وبذلك يحرم الدائن من زيادة قيمته فى المستقبل.

كما أنه يلزم الدائنين باستيفاء حقوقهم قبل حلول أجلها ، إذ يستطيع الحائز أن يلجأ إلى التطهير ولو لم يحل أجل الدين المضمون بالرهن . وقد يكون هذا الدين منتجا لفوائد فيحرم منها الدائنون إذا تم التطهير قبل حلول أجل الدين .

---

(١) حسام الدين كامل الأهوانى ص ٤٩٤ ومابعدها – محمد على إمام ص٢٦٢ ومابعدها

وأنه إذا لم يقبل الدائنون القيمة التى يعرضها الحائز عليهم ، فإنهم يلتزمون بطلب بيع العقار المطلوب تطهيره بيعا جبريا خلال مدة معينة ، وقد تكون القيمة المعروضة عليهم من الحائز لا تكفى للوفاء بجميع الحقوق المقيدة على العقار ، كما قد يكون الوقت غير مناسب لبيع العقار بيعا جبريا بالمزاد العلنى لانخفاض أسعار العقارات المماثلة [1].

٢٢٠ـ صاحب الحق فى التطهير :

التطهير مزية يقررها القانون لحائز العقار الذى سجل سند ملكيته . وبناء على ذلك يجوز التطهير للحائز ولو كان هو فى الوقت ذاته أحد الدائنين المرتهين .

وقد تقدم أن الحائز يشترط فيه بوجه عام حسب نص المادة (١٠٦٠) ما يأتى :

١- أن يكون قد انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو أى حق عينى آخر من الحقوق القابلة للرهن ، أيا كان سبب انتقال الملكية إليه .

٢- أن يكون غير ملتزم شخصيا بالدين ولو كان التزامه عن غيره كالكفيل العينى .

وعلى ذلك يجوز التطهير لمشترى العقار كله أو بعضه وللموهوب له والموصى له والمقايض ومن إليهم .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٤٣ ومابعدها .

ولمن تلقى حق الانتفاع بالعقار المرهون ولايجوز لمن ترتب له حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكنى لأن هذه الحقوق ليست قابلة للرهن ولا للبيع بالمزاد .

ولايجوز للدائن المرتهن المتأخر لأن حقه على العقار ليس – وفقا للرأى الراجح – مما يقبل الرهن ولا البيع بالمزاد (١).

ولايجوز التطهير لمن تلقى الملكية بشرط واقف لأنه لا يصير مالكا إلا بعد تحقق الشرط .

أما متلقى الملكية بشرط فاسخ فيجوز له التطهير مادام الشرط لم يتحقق ، فإذا تحقق الشرط زالت الملكية بأثر رجعى.

ومع ذلك يبقى إجراء التطهير قائما باعتبار أن التطهير عمل مادي لايؤثر فيه الفسخ . وعلى هذا تنص المادة (١٠٨٣ مدنى) بقولها : " إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمى نهائيا ، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار ".

وقد اشترطت المادة أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته . سواء كان هذا السند بمقابل أو بدون مقابل . وسواء أكان التسجيل واجبا لنقل الملكية أم لا .

وفائدة هذا الشرط تحديد الدائنين الذين يجب أن تتخذ ضدهم

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٥١ – محمد كامل مرسى ٢٢٠ .

إجراءات التطهير . وقد تقدم أنه ابتداء من تسجيل التصرف الوارد على العقار المرهون يقف قيد الرهون الجديدة عليه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يسجل الحائز سند ملكيته إذا كان سنداً قابلا للتسجيل حتى لو لم يكن تسجيله واجباً . فالمشترى يسجل البيع والموهوب له يسجل الهبة ، والشفيع يسجل حكم الشفعة (ويسجله قلم الكتاب من تلقاء نفسه) والموصى له يسجل الوصية (وهى غير واجبة التسجيل) . والغرض من ذلك تحديد الرهون التى يجب تطهيرها ، فإنه متى سجل الحائز سند ملكيته فلا يمكن بعد هذا التسجيل أن يستجد دائن مرتهن يكون رهنه نافذا فى حق الحائز "[١] .

أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل بأن كان عملا ماديا لا عملا قانونيا ، كالحائز الذى يتملك العقار بالتقادم . فقد ذهب رأى إلى وجوب التسجيل فى هذه الحالة [٢].

بينما يذهب أغلب الفقه إلى أنه لا يلزم التسجيل فى هذه الحالة ، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل .

فضلا عن أن التسجيل لا فائدة منه هنا ، إذ من وقت تملك الحائز للعقار بالتقادم لا يكون لأى رهن يعطى على العقار من غير

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١١٧ ومابعدها .
(٢) محمد لبيب شنب ص ١٤٣ ومابعدها .

الحائز قيمة فى حق الحائز . فاشتراط تسجيل الحائز يعتد به حالة ما يكون هذا السند قابلا للتسجيل [(١)].

وبهذا الرأى أخذت مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها :

" أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل بأن كان عملا ماديا لا عملا قانونيا ، فلا سبيل للتسجيل فى هذه الحالة.. فالحائز الذى ملك بالتقادم عقاراً مرهوناً ولم يسقط الرهن (انظر ١٥١٠ من المشروع) يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئاً ، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل . على أن التسجيل لا فائدة فيه هنا ، فإنه من وقت تملك الحائز للعقار بالتقادم لا يكون لأى رهن يعطى على العقار من غير الحائز قيمة فى حق الحائز ، سواء كان التملك بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . وإذا كان السبب الصحيح فى التقادم القصير واجب التسجيل ، وفقاً لأحكام المشروع ، فإن التسجيل واجب لكسب الملكية نفسها بالتقادم وليس واجباً للتطهير ، ذلك أن من يتملك بالتقادم القصير لا يتملك بالسبب الصحيح الناقل للملكية ، وإنما يتملك بواقعة مادية تستعصى على التسجيل، هى الحيازة مقترنة بحسن النية وبهذا السبب الصحيح "[(٢)].

---

(١) السنهورى ص ٤٢٧ – محمد لبيب شنب ص ١٤٥ هامش (١) – سمير عبد السيد تناغو ص ٤٩٥– حسام الدين الأهوانى ص ٥٠٧ ومابعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١١٨ .

غير أنه إذا حصل مالك العقار بالتقادم على حكم بالملكية بسبب التقادم فإنه يجب تسجيل هذا الحكم وإلا ما جاز له التطهير خصوصا أنه تنتفى هنا صعوبة التسجيل [١].

ويعتبر التطهير من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر. ولذلك يجب على الحائز الذى يسلك طريق التطهير أن يكون أهلا لمباشرة هذه الأعمال [٢].

٢٢١- وقت التطهير :

يثبت حق إجراء التطهير للحائز بمجرد توافر صفة الحائز له أى بمجرد انتقال ملكية العقار المرهون إليه . فللحائز أن يطهر العقار ولو كان لازال مدينا لمملكه بسبب نقل الملكية إليه بدين لم يحل أجل الوفاء به بعد ، بل له أن يطهر العقار دون حاجة إلى انتظار حلول أجل الالتزام المضمون بالرهن وتوجيه المرتهن إليه إنذارا بالدفع أو التخلية .

ويبقى حق الحائز فى التطهير قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع .

والحكمه من عدم إمكان الحائز إجراء التطهير بعد إيداع قائمة

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٢٣ هامش (١) - سمير عبد السيد تناغو ص ٢٩٥ - حسام الدين الأهوانى ص ٥٠٨

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٤٣ ومابعدها .

شروط البيع ، هى أن معظم إجراءات التنفيذ على العقار المرهــون تكون قد تمت ولم يبق سوى طرح العقار فى المزاد العلنى . فــإذا أراد الحائز عرض قيمة العقار فما عليه إلا أن يقدم مزايدا[١] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٢٥ ومابعدها – محمد لبيب شنب ص ١٤٥ ومابعدها – سمير عبد السيد تناغو ص ٢٩٦ ومابعدها .

مــادة (١٠٦٥)

إذا أراد الحائز تطهير العقار وجب عليه أن يوجه إلى الدائنين المقيدين حقوقهم فى مواطنهم المختارة المذكورة فى القيد إعلانات تشتمل على البيانات الآتية :

(أ) خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر علــى بيــان نــوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقا ومحل العقار مع تعيينه وتحديده بالدقــة ، وإذا كــان التصرف بيعا يذكر أيضا الثمن وما عسى أن يوجد مــن تكــاليف تعتبر جزءا من هذا الثمن .

(ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل .

(ج) المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصــرف بيعا ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذى يتخذ أساسا لتقــدير الثمن فى حالة نزع الملكية ، ولا أن يقل فى أى حال عن البــاقى فى ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعا . وإذا كانــت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة .

(د) قائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل تسجيل ســند الحائز تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هــذه الحقــوق وأسماء الدائنين .

الشرح

٢٢٢- إجراءات التطهير :

تبدأ إجراءات التطهير بعرض يتقدم به الحائز إلى الدائنين المرتهنين ، ويتم بطريق الإعلان . ويتناول هذا الإعلان عدة بيانات تتعلق بالحائز نفسه وبالدائنين المرتهنين وقيمة ديونهم ومرتبة كل منها ، والعقار المرهون وكيفية انتقاله إلى الحائز والثمن الذى يتقدم به الحائز للدائنين مقابل تطهير العقار .

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى :

١- الأشخاص الذين يوجه إليهم العرض :

الغرض من التطهير هو تحرير العقار من كل الحقوق المقيدة عليه والنافذة فى حق الحائز . ويستتبع ذلك أن يوجه العرض إلى جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكية الحائز . فيوجه العرض إلى كل دائن مرتهن رهنا رسميا أو حيازيا أو صاحب حق اختصاص أو حق امتياز خاص على العقار بشرط أن يكون مقيدا قبل تسجيل سند الحائز . أما الدائنون المقيدة حقوقهم بعد التسجيل فإنه لايلزم توجيه العرض إليهم إذا أن حقوقهم لا تسرى فى مواجهة الحائز ولا يستطيعون تتبع العقار فى يده والأمر كذلك من باب أولى بالنسبة لأصحاب الحقوق غير المقيدة أصلا .

ويجب أن يحصل العرض لهؤلاء الدائنين سواء كانت حقوقهم حالة أم غير حالة بعد . ويلزم حصول العرض لكل واحد منهم .

فإذا وجه الحائز عرضه إلى بعض هؤلاء الدائنين فقط ترتب على ذلك سريان إجراءات التطهير فى مواجهة من تلقى العرض . أما الدائن الذى أهمل إعلانه فإنه لا يتأثر بهذه الإجراءات ويظل حقه قائما فى تتبع العقار وإنذار الحائز بالدفع أو التخلية واتخاذ إجراءات التنفيذ ضده ، كما يستطيع التقدم فى حدود مرتبته على قيمة العقار قبل توزيعها على الدائنين الذى وجهت إليهم إجراءات التطهير(١) .

٢- البيانات التى يجب أن يتضمنها العرض :

يجب أن يشتمل إعلان العرض على كافة البيانات التى من شأنها أن تطلع الدائنين على حالة العقار بالدقة وما يثقله من تكاليف والقيمة المقدرة له ، وذلك حتى يستطيع كل منهم أن يقدر موقفه من العرض وهو على بينة من كل الظروف .

وقد نصت المادة على هذه البيانات وهى :

(أ) خلاصة سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقا ومحل العقار مع تعيينه وتحديده بالدقة . وإذا كان التصرف بيعا يذكر أيضا الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءا من هذا الثمن .

وأهمية هذا البيان تظهر فى تعرف الحائز الدائنين المرتهنين

---

(١) محمد على إمام ص ٣٧٢ – سمير [illegible] ص ٢٩٨ .

بنفسه فهو أجنبى عنهم وعن الدين ، ولم يكن موجودا وقت اكتساب حقوقهم ، ولهذا فهو يذكر لهم أنه قد اكتسب ملكية العقار المقررة حقوقهم عليه ، أو اكتسب حقا عينيا غير الملكية قابل للرهن ، ويحدد لهم نوع التصرف الذى اكتسب به هذه الحق وتاريخ التصرف ، والمالك السابق الذى نقل له هذا الحق ، وقد يكون هو المدين الراهن أو حائز سابق للعقار [1].

(ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل .

وذلك حتى يستطيع كل دائن أن يطلع على التسجيل للتأكد من البيانات الذى يذكرها الحائز .

(ج) المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعا ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذى يتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية ، ولا أن يقل فى أى حال عن الباقى فى ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعا .

وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير كل جزء على حده .

وهذا البيان هو البيان الأساسى فى العرض ، إذ بين فيه الحائز القيمة التى يعرضها كمقابل للعقار المرهون . وقد رأينا أن الحائز وإن كان يملك تحديد هذا القيمة بإرادته إلا أنه مقيد فى الواقع بأن

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٢٩٨ .

يراعى الاعتدال فى عرضه إذا كان جادا فى تطهير العقار ، وإلا فإنه معرض لرفض عرضه من الدائنين وبيع العقار بالمزاد .

وهو مقيد بعد هذا بقيدين ورد النص عليهما فى المادة :

القيد الأول : ألا يقل هذا الثمن عن السعر الذى يتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية .

غير أنه لم يرد فى قانون المرافعات أية قواعد لتعيين الثمن فى حالة نزع الملكية .

وإنما أشارت مذكرة المشروع التمهيدى إلى أن هذا الأساس هو **الضريبة على العقار** فقد جاء بها :

" وهو لا يتقيد فى تقدير هذه القيمة بثمن العقار ولو انتقلت إليه ملكيته بالبيع فقد يقدر قيمة أقل من الثمن أو أكبر منه ، ولكنه يتقيد بألا تقل القيمة عن السعر الذى يتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية ، وهذا **الأساس هو الضريبة** على العقار "(١).

ولذلك اتجه الرأى إلى الأخذ بقيمة العقار التى تتخذ أساسا لتقدير قيمة الدعوى ، طبقا للمنصوص عليه فى المادة ٣٧ من قانون المرافعات المعدلة بالقانونين رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ثم بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ والتى تجرى على أن (٢):

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١١٨ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ١٣١ ومابعدها – سمير عبد السيد تناغو ص ٢٩٩– عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٢٦ .

" يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يلى :

١- الدعاوى التى يرجع فى تقدير قيمتها إلى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنيا . فإذا كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية . فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته .

٢- الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات والمنازعات الموضوعية المتعلقة بالتنفيذ على العقار تقدر قيمتها بقيمة العقار .

أما الدعاوى المتعلقة بحق ارتفاق فتقدر قيمتها باعتبار ربع قيمة العقار المقرر عليه الحق . فإذا كانت متعلقة بحق انتفاع أو بالرقبة قدرت باعتبار نصف قيمة العقار .

٣-إذا كانت الدعوى بطلب تقدير قيمة معينة للحكر ، أو بزيادتها إلى قيمة معينة قدرت بالقيمة السنوية المطلوب تقديرها ، أو بقيمة الزيادة فى سنة مضروبا كلا منهما فى عشرين .

٤- دعاوى الحيازة تقدر قيمتها بقيمة الحق الذى ترد عليه الحيازة .

٥- إذا كانت الدعوى خاصة بإيراد فتقدر عند المنازعة فى سند ترتيبه على أساس مرتب عشرين سنة إن كان مؤبدا وعلى أساس مرتب عشر سنين إن كان لمدى الحياة .....الخ " .

والقيد الثانى :

هو ألا تقل القيمة المعروضة عن الباقى فى ذمته بسبب امتلاكه العقار المرهون . وتفسير هذا القيد هو أن الدائنين المرتهنين يستطيعون طبقاً لأحكام القضاء الجبرى للديون أن يفرضوا على الحائز دفع ما بقى فى ذمته من دين بسبب امتلاك العقار المرهون (م١٠٦٣/٢) وبالتالى لا يكون عرض الحائز جديا إذا هو عرض عليهم مبلغاً يقل عن المبلغ الذى يلتزم بدفعه فى مواجهتهم ، لهذا يمكن اعتبار هذا الحكم أثرا منطقيا لقواعد الوفاء الجبرى للديون .

وإذا كانت حقوق الرهن لا ترد على العقار فى مجموعه ، ولكن يرد كل منها على جزء منه فقط ، واكتسب الحائز ملكية العقار كله ، فهو يحدد قيمة كل جزء على حدة بعرضها على الدائنين المرتهنين لهذا الجزء ، لأن هؤلاء لا يرد حقهم على العقار كله ، ولايمكنهم أن يبيعوا بالمزاد العلنى إلا الجزء الذى يرد عليه حقهم وهو محل التطهير فى علاقة الحائز بهم[١] .

(د) قائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين .

إذ على أساس هذا البيان يستطيع كل من الدائنين تحديد فرصته

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٢٦ – سمير عبد السيد تناغو ص ٣٠٠.

فى الاستفادة من عرض الحائز ، مما يسمح له باتخاذ موقفا من هذا العرض .

٣- أثر وجود نقص أو خطأ فى البيانات المطلوبة :

لم يتعرض المشرع لبيان الأثر المترتب على وجود نقص أو خطأ فى البيانات المطلوبة .

وقد جرى الفقه على أن يطبق فى هذه الحالة نفس الحكم المعمول به فى حالة وجود نقص أو خطأ فى البيانات التى يجب أن تشملها قائمة القيد ، وهو الحكم المقرر بنص المادة ٤١ من قانون تنظيم الشهر العقارى التى تجرى على أن :

" لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة الثلاثين بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير .

ولايجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو أن تنقص من أثره تبعا لطبيعة الضرر ومداه ".

وبناء على ذلك لا يترتب على وجود نقص أو خطأ فى البيانات الواردة فى إعلان عرض القيمة الذى يوجهه الحائز إلى الدائنين المرتهنين بطلان هذا الإعلان إلا إذا ترتب على ذلك ضرر وبقدر هذا الضرر ، كما أن البطلان لايصح أن يتمسك به إلا من حصل

له ضرر ، وهو يستطيع التنازل عن حقه فى التمسك به صراحة أو ضمنا كما يترتب على ذلك أن الخطأ أو النقص فى بيانات إعلان العرض لايؤدى إلى بطلانه إلا إذا تعلق ببيان من البيانات الجوهرية أى التى يجب أن يعلم بها الدائنون على وجه الدقة ليقرروا قبول العرض أو رفضه فمثلا يعتبر الثمن من البيانات الجوهرية ، ومن ثم فهو إذا لم يذكر فى الإعلان أو ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقى كان العرض باطلا . فإن ذكر ثمن أعلى صح العرض والتزم الحائز به(١) .

---

(١) محمد على إمام ص ٣٧٦ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٢٩ ومابعدها– محمد كامل مرسى ص ٤٢٨ .

مــادة (١٠٦٦)

يجب على الحائز أن يذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا بل ينحصر العرض فى إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة .

الشــرح

٢٢٣ـ عدم إيجاب عرض قيمة العقار عرضا حقيقا :

لايلتزم الحائز بعرض القيمة التى يقدرها طبقا للضوابط التى ذكرناها سلفا عرضا حقيقيا ، بل يكفى أن يبدى استعداده لأن يسدد فى الحال كافة الديون المقيدة سواء كانت حالة أم مؤجله . وعلى ذلك فالحائز لايملك بالنسبة لأرباب الديون المؤجلة أن يؤخرعرض المبالغ المستحقة لحين حلول الأجل ، بل يجب أن يبدى استعداده للوفاء بحقوقهم فى الحال كذلك لو أن الثمن المستحق فى ذمة الحائز غير واجب الدفع حالا ، فإنه لا يملك تأجيل العرض حتى حلول ميعاد الوفاء به .

وأخيرا فإن العرض يجب أن يكون باتا منجزا ، فلا يصح أن يعلق على شرط أو يضاف إلى أجل أو يقترن بأى تحفظ أو حتى يستنزل منه أى مبلغ يكون مستحقا للحائز فى ذمة من تلقى عنه الملكية .

مـــادة (١٠٦٧)

يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلــب بيــع العقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك فى مدى ثلاثين يومـــا مـــن آخر إعلان رسمى يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين المـــوطن الأصلى للدائن وموطنه المختار ، على ألا تزيد مواعيــد المســافة على ثلاثين يوما أخرى .

الشـــرح

٢٢٤ـ المدة التى يختار فيها الدائنون قبول العرض أو رفضه :

حددت المادة لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيــد بقبــول العرض المعلن من الحائز بتطهير العقار بثلاثين يوما مـــن آخـــر إعلان رسمى .

فتحسب هذه المدة من تاريخ آخر إعلان رسمى للدائنين والكفيل وذلك إذا أعلنوا جميعا فى يوم واحد . فإن تم إعلانهـــم فـــى أيـــام مختلفة كانت المدة ثلاثين يوما من تاريخ آخر إعلان .

وتضاف إلى هذه المدة مواعيد المسافة بين المـــوطن المختـــار للدائن وموطنه الأصلى بشرط ألا تزيد على ثلاثين يوما أخرى .

وميعاد المسافة يوم لكل مسافة مقدارها خمسمون كيلو مترا وما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلو مترا يزداد له يوم على الميعـــاد (م ١٦ مرافعات) .

وهكذا يبدأ الميعاد فى يوم واحد بالنسبة لجميع الدائنين ، ولكن نهايته تختلف بالنسبة لكل منهم حسب ميعاد المسافة .

وهو على أى حال لايجوز أن يزيد على ستين يوما من تاريخ بدئه .

وانتهاء الميعاد بالنسبة لأحد الدائنين أو بعضهم لايحرم الباقى من الخيار المقرر له طالما أن الميعاد لم ينته بالنسبة له[1] .

وطبقاً للقواعد العامة لايحسب اليوم الأول أى اليوم الذى تم فيه الإعلان ، ولكن يحسب اليوم الأخير .

وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها (م١٥ مرافعات) .

٢٢٥- طلب بيع العقار المطلوب تطهيره :

إذا لم يقبل الدائنون والكفلاء بتطهير العقار ، كان لهم قبل إنهاء الموعد المحدد فى البند السابق طلب بيع العقار المطلوب تطهيره . على التفصيل المبين بالمادة التالية .

(أنظر شرح المادة التالية) .

---

(١) محمد على إمام ص ٣٧٨ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٣١ .

مادة (١٠٦٨)

١- يكون الطلب بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ويوقعه الطالب أو من يوكله فى ذلك توكيلا خاصا . ويجب أن يودع الطالب خزانة المحكمة مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولايجوز أن يسترد ما استغرق منه فى المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز ، ويكون الطلب باطلا إذا لم يستوف هذه الشروط .

٢- ولايجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء .

الشرح

١٢٦- طلب بيع العقار :

يكون طلب بيع العقار بإعلان على يد محضر تراعى فيه البيانات الواردة بالمواد ٩ من قانون المرافعات ومابعدها . يوجه من الدائنين أو الكفيل إلى الحائز والمالك السابق للعقار ، أى المالك الذى انتقل منه العقار المرهون إلى الحائز . والحكمة من توجيه الإعلان إلى المالك السابق هى منحه الفرصة فى التحقق من أن الحائز لا يعرض مبلغا يقل عما هو ملتزم به بسبب تملكه العقار ، وحتى يمكن له القيام بالوفاء بالديون المضمونة بالحقوق المقيدة على العقار ، وبذلك يتخلص من دعوى الضمان التى سوف يرجع بها الحائز عليه .

ويجب أن يكون طلب البيع موقعا عليه من الطالب أو ممن يوكله فى ذلك توكيلا خاصا .

وإذا كان العقار الذى انتقل إلى الحائز مرهونا على أجزاء ، كل جزء مرهون لصالح دائن معين ، فإن طلب البيع لا يكون بالنسبة إلى كل دائن إلا على الجزء المرهون له من العقار أو المقرر له عليه حق اختصاص أو امتياز[١] .

٢٢٧- إيداع طالب البيع مبلغا كافيا لتغطية المصروفات :

يلتزم طالب البيع بأن يودع خزانة المحكمة مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد . وهو لايستطيع استرداد شئ منه طالما أن المزاد وقع على الحائز لعدم تقدم مزايد بعطاء أكبر من القيمة المعروضة . فإذا رسا المزاد بمبلغ أكبر استرد ما استنفذ من هذا المبلغ فى المصروفات من الراسى عليه المزاد سواء أكان الحائز أم غيره .

٢٢٨- تنحى طالب البيع عن طلبه :

لايجوز للدائن أو الكفيل الذى طلب بيع العقار أن يتنحى عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء . ويرجع ذلك إلى أن أحدا منهم قد يكون امتنع عن طلب البيع اعتمادا على أن دائنا آخر قد سبقه وطلب البيع . فالسكوت لا يفسر قبولا إلا إذا

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٣٢- محمد لبيب شنب ص ١٤٨ .

سكت جميع الدائنين المقيدة حقوقهم أما إذا سكت بعضهم وطلب بعضهم الآخر أو أحدهم البيع فإن السكوت يفسر بأنه موافقة ضمنية على طلب البيع ، ومن ثم فإن التنحى عن طلب البيع لايكون إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء الذين تعلق حقهم عندئذ يطلب البيع[1].

٢٢٩- أثر تخلف الأحكام السابقة :

إذا لم يستوف طلب البيع الشروط السابقة سواء ما كان منها يتعلق بالطلب ذاته أو بإيداع مبلغا كافيا لتغطية المصروفات ، كان الطلب باطلا ، ولا يترتب عليه أثر من حيث رفض عرض تطهير العقار وطلب بيع العقار بالمزاد[2] .

---

(١) السنهورى ص ٤٤١ – حسام الدين الأهوانى ص ٥٤٢ .

(٢) محمد على إمام ص ٣٨٢ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٣٢ .

مادة (١٠٦٩)

١- إذا طلب بيع العقار وجب إتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب أو حائز وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذى قوم به العقار .

٢- ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته ، وفى تسجيل هذا السند ، وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير .

الشرح

٢٣٠- أثر طلب بيع العقار :

يترتب على تقديم طلب بيع العقار – مستوفيا لشروطه – طرح العقار فى البيع بالمزاد .

وتتبع فى هذا البيع الإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية . وهى المنصوص عليها فى قانون المرافعات .

ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل سواء كان هو الدائن أو الحائز .

٢٣١- بيان المبلغ الذى قوم به العقار فى إعلانات البيع :

حرصت المادة على استلزام بيان المبلغ الذى قوم به العقار من قبل الحائز فى العرض فى إعلان البيع ، لأن المزاد لن يرسو إلا

على من يتقدم بثمن أعلى ، فالملكية تستقر للحائز إذا لم يتقدم أحـــد بسعر أعلى في المزايدة .

ولكن لايجب أن يستفاد من ذلك أن الحائز يعتبـــر داخـــلا فـــي المزاد بقوة القانون بما عرضه .

٢٣٢- بيع العقار :

يتم بيع العقار طبقا لقواعد قانون المرافعات فى البيوع الجبرية ، وهى إجراءات بيع العقار بالمزاد العلنى .

ويجوز لكل شخص أن يتقدم للمزايدة ، فيما عدا المدين والراهن إن كان غيره ، وفيما عد الأشخاص الممنوعين قانونا مـــن ذلـــك . ويجوز التقدم للمزايدة للحائز وللدائن طالب البيع وللدائنين الآخرين وللغير .

وإذا عرض فى المزاد مبلغ أكبر من القيمة التى عرضها الحائز رسا المزاد على صاحب أكبر عرض سواء كان الحائز أو غيره .

وإذا لم يتقدم مزايد بمبلغ أكبر من المبلغ الذى عرضه الحائز ، رسا المزاد على هذا الأخير دون أن يلتزم بدفع أكثر مـــن المبلـــغ الذى سبق له عرضه ، وتحمل طالب البيع بنفقاته .

والمبلغ الذى يرسو به المزاد يدفع للدائنين ذوى الحقوق المقيدة على العقار حسب مرتبة ديونهم ، أو يودع خزانة المحكمـــة . وإذا بقى من ثمن رسو المزاد بعد الوفاء بالديون المضمونة شئ كان هذا من حق الحائز كما سنرى .

وإذا قام الراسى عليه المزاد بدفع الديون المضمونة بالحقوق المقيدة لأربابها أو أودع الثمن خزانة المحكمة . ثم سجل حكم مرسى المزاد ، انتقلت إليه ملكية العقار خالصة من الرهون الرسمية والحيازية وحقوق الاختصاص وحقوق الامتياز[1] .

٢٣٣- التزامات الراسى عليه المزاد :

يلتزم الراسى عليه المزاد بأن يدفع العطاء الذى تقدم به أى المبلغ الذى يرسو به المزاد .

ويدفع هذا المبلغ للدائنين ذوى الحقوق المقيدة على العقار حسب مرتبة ديونهم ، أو يودع خزانة المحكمة . وإذا بقى من ثمن رسو المزاد بعد الوفاء بالديون المضمونة شئ كان هذا من حق الحائز .

كما يلتزم الراسى عليه المزاد بأن يدفع للحائز المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته وفى تسجيله ونفقات الإعلانات والمصروفات التى أنفقها لإجراء التطهير والمصاريف التى أنفقت فى إجراء البيع ، وما سبق أن قدمه لذلك . وإذا لم يتقدم مزايد بعطاء أكبر خلصت للحائز ملكية العقار ، ولا يلتزم بدفع المبلغ الذى سبق أن عرضه .

والمبلغ الذى يرسو به المزاد يودع خزينة المحكمة او يدفع للدائنين حسب مراتبهم ، فتنقضى الرهون وتمحى القيود ويتم ، بذلك تطهير العقار .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٣٤

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يطرح العقار في المزاد ، وتتبع الإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية ، فان عرض مزايد مبلغا اكبر من القيمة التـي عرضـها الحائز (وقد يكون الدائن الذي طلب البيع أو دائنا آخر أو أجنبيا أو الحائز نفسه زاد بما سبق أن عرض ، ولكن لا يجـوز أن يكـون الراهن أو المدين) رسا المزاد عليه ، ووجب أن يدفع إلى جانـب العطاء الذى تقدم به ، المصروفات التى أنفقها الحـائز فـى سـند ملكيته ونفقات الإعلانات والمصروفات التى اقتضـتها إجـراءات التطهير ، ويرد إلى طالب البيع ما سبق أن قدمه لذلك .

وإذا لم يتقدم مزايد بعطاء أكبر خلصت للحائز ملكية العقـار ، ولا يلتزم بدفع المبلغ الذى سبق أن عرضه .

والمبلغ الذى يرسو به المزاد يودع خزينة المحكمـة أو يـدفع للدائنين حسب مراتبهم ، فتنقضى الرهون وتمحى القيود ويتم بـذلك تطهير العقار "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١١٩ ومابعدها .

مـادة (١٠٧٠)

إذا لم يطلب بيع العقار فى الميعاد وبالأوضاع المقررة استقرت ملكية العقار نهائيا للحائز خالصة من كل حق مقيد ، إذا هو دفـع المبلغ الذى قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باسـتيفاء حقوقهم منه ، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة .

الشــرح

٢٣٤- آثار التطهير :

إذا لم يطلب بيع العقار فى الميعاد بالأوضاع المقررة- والتـى عرضنا لها فيما سلف- أى إذا قبل الدائنون العرض ، أو إذا طلبوا البيع ولم يعرض فى المزاد أى ثمن أعلى ممـا عرضـه الحـائز استقرت ملكية العقار نهائيا لهذا الحـائز . إذا أودع المبلـغ الـذى عرضه خزانة المحكمة .

والمقصود باستقرار الملكية للحائز انقضاء حق التتبع ، فلم تعد الملكية مهددة بأن تنزع عن طريق التنفيذ الجبـرى وفـاء للـدين المضمون . فإجراءات التطهير التى تستهدف الحيلولة دون البيـع الجبرى متى تمت انقضى حق البيع على العقار . وانتقل حق الدائن إلى الثمن ليمارس عليه حق التقدم . فالرهن لاينقضى بسـلطتيه إلا إذا كان الحائز يوفى للدائنين حقوقهم ، أما وأنه يودع الثمن فقط فإن حق الدائنين ينتقل إلى الثمن ليمارسوا عليه حق التقدم .

وحدد المشرع لحظة انقضاء حق التتبع ، أى تخلص العقار من الرهن الذى كان يثقله ، بلحظة إيداع المبلغ الذى عرضه الحائز خزانة المحكمة . فإجراءات التطهير لاتتم إلا منذ تلك اللحظة ومن ثم فإن آثاره تترتب من هذه اللحظة فقط ، فينتقل حق الدائن من العقار إلى الثمن المودع . ولا يلزم أن يسبق الإيداع اتباع إجراءات العرض . فعرض التطهير يقوم مقامها .

وقد أراد المشرع باشتراط الإيداع التيسير علي الحائز بعدم دخوله فى مشاكل توزيع الثمن على الدائنين بحسب مراتبهم وما قد يترتب عليه من مسئولية إذا أخطأ فى اتباع قواعد الأولوية .

وبناء عليه يظل العقار مثقلا بالرهن حتى إيداع الحائز للثمن الذى عرضه خزانة المحكمة وطالما أن التطهير لايتحقق إلا بإيداع الثمن فإن الرهن يجب أن يكون مقيدا أو نافذا ومن ثم يجب تجديده حتى هذه اللحظة .

وإذا تم الإيداع فإن العقار يتخلص ويتطهر من الرهون التى رتبها البائع إلى الحائز . أما الرهون التى يرتبها الحائز على العقار باعتباره مالكا له فلا يشملها التطهير . بل لايجوز له طلب تطهيرها لأن التطهير رخصة مقررة للحائز فقط ولا يستفيد منها الراهن .

ويترتب كذلك على التطهير انتقال حق الدائن إلى الثمن المودع حيث يعتبر بمثابة حصيلة التنفيذ ويوزع على الدائنين طبقا لمرتبة رهن كل منهم[1] .

(١) حسام الدين الأهوانى ص ٥٤٧ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا وافق الدائنون جميعا ، بعد إعلانهم على العرض الذى تقدم به الحائز أو سكتوا ستين يوما من آخر إعلان رسمى (يضاف إليها مواعيد المسافة المبينة فى المادة ١٤٩٠) اعتبر العرض مقبولا ، ووجب على الحائز أن يدفع المبلغ المعروض للدائنين حسب مرتبتهم ، أو يودعه خزينة المحكمة ، فيتطهر العقار من كل الرهون ويمحي ما عليه من القيود .أما إذا طلب أحد الدائنين (أو كفيل له أو وكيل عنه وكالة خاصة فى التطهير) بيع العقار ، فيكون ذلك بإعلان يوجه إلى الحائز وإلي الراهن ، فى مدى الستين يوما المشار إليها ، يطلب فيه عرض العقار المرهون فى المزاد . ولا تشترط زيادة العشر ، وهذا هو التجديد الذى حققه المشروع حتي يتخفف الدائن من بعض أعباء التطهير . ولكن يجب على الدائن أن يودع فى خزينة المحكمة مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يسترد هذه المصروفات إذ وقع المزاد على الحائز لعدم تقدم مزايد بعطاء أكبر مما عرض . ومتى تقدم أحد الدائنين بطلب بيع العقار على النحو الذى تقدم ، وجب عرض العقار فى المزاد ، ولا يجوز للدائن أن يتنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ١١٩ .

مـــادة (١٠٧١)

١- تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلـــم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلــن الــدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام مــن وقــت التقرير بها .

٢- ويجوز لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب إلى قاضـــى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نـــزع الملكية . ويعين الحائز حارسا إذا طلب ذلك .

الشـــرح

تخلية العقار :

٢٣٥- المقصود بالتخلية :

المقصود بالتخلية هو أن يتخلص الحائز من مباشرة إجــراءات التنفيذ على العقار فى مواجهته لتباشر فـــى مواجهـــة الحـــارس أو الأمين الذى تعينه المحكمة . فيترتـــب علـــى التخليـــة عـــدم بـــدء الإجراءات فى مواجهة الحائز أو عدم استمرارها فى مواجهته[١] .

والتخلية بهذا المعنى لا تعطل حق التتبع وإنمـــا تســـتمر فـــى مواجهة الحارس بدلا من الحائز وذلك على العقار الـــذى امتلكـــه الحائز .

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ٥٥٠ – محمد على إمام ص ٣٨٦ .

ذلك أنه إذا لم يدفع الحائز الدين ولم يلجأ إلى التطهير فإنـــه لا مناص من اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار . وهو إذا بقى فـــى هذه الإجراءات وجهت إليه وظهر اسمه فيها ، وكان فـــوق ذلـــك مسئولا عن إدارة العقار وثماره خلال فترة التنفيذ دون أن يفيد من ذلك شيئا حيث أصبحت الثمار من وقت الإنذار ملحقة بالعقار وكل ذلك يلقى على عاتقه مسئولية ثقيلة ، فضلا عما ينطوى عليه مـــن مساس بسمعته المالية .

ولكن الحائز يستطيع أن يكفى نفســـه المؤونـــة فـــى مواجهـــة إجراءات التنفيذ ويتقى الظهور فيها شخصيا فتنزع ملكيته بما ينطوى عليه ذلك من مساس بسمعته ، كما يـــتخلص مـــن مســـئولية إدارة العقار خلال فترة التنفيذ . وذلك عن طريق التخلى عن العقار .

والتخلية تحقق فائدة غير مباشـــرة للـــدائن ، فـــالتخلى يفيـــد اعتراف الحائز بحق الدائن المرتهن . كما ينزل بمقتضاها الحـــائز عن التمسك بأى دفع كان يمكن توجيهه للدائن . فهو يفيد الـــدخول فى مرحلة التنفيذ وعدم المنازعة فى الدين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا لم يدفع الحائز الدين ولم يلجأ إلى التطهير ، بقى أمامه أن يخلى العقار حتى يكفي نفسه المؤونة فى مواجهة إجراءات التنفيذ ، وحتى يتقى الظهور فى هذه الإجراءات شخصا تنزع ملكيته ، بمـــا ينطوى على ذلك من مساس بسمعته [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٢٢ .

٢٣٦- من تجوز له التخلية ؟

التخلية لا تكون إلا لحائز العقار بشرط ألا يكون ملتزما شخصيا بالدين .

واشتراط ألا يكون الحائز ملتزما شخصيا بالدين يرجع إلى أن الحائز إذا كان ملتزما شخصيا بالدين يظل مسئولا عنه بناء على الدعوى الشخصية بعد أن يتخلص من دعوى الرهن ، ومن ثم فلو أجيز له تخلية العقار وتخلص بذلك من دعوى الرهن يكون للدائن رغم ذلك الحق فى رفع الدعوى الشخصية والتنفيذ على كل أمواله بما فيها العقار الذى تخلى عنه [١].

ويكون الحائز ملتزما شخصيا بالدين ولاتجوز له التخلية فى الحالات الآتية :

١- إذا كان مدينا متضامنا فى الدين ذاته المضمون بالرهن أو كفيلا له .

٢- إذا كان قد التزم فى العقد الذى كسب به الملكية بوفاء الدين وقبل الدائن هذه الإنابة .

٣- إذا كان قد عرض على الدائنين قيمة العقار لتطهيره فقبل منه عرضه .

---

(١) محمد على إمام ص ٣٨٧

٤- إذا كان قد تعهد لأرباب الديون المقيدة سواء فى عقد تملكه أم فى اتفاق لاحق أن يدفع لهم الثمن (١).

٥- إذا كان الحائز لم يدفع الثمن وكان الثمن أو الباقى منه يكفى لجميع الديون المقيدة أو كان أرباب هذه الديون قد قبلوا الاكتفاء بالباقى من الثمن على أن يمحو كل القيود فى مقابل ذلك .

أما الكفيل العينى فتجوز له التخلية ولو أنه لايجوز له التطهير ، ذلك أن التطهير يؤثر على حق المرتهن ، فلا يسمح به للكفيل العينى لأنه باعتباره راهنا يكون ضامنا الرهن فلا يجوز له التعرض للمرتهن . أما التخلية فإنها لا تؤثر فى حق المرتهن ولا تعتبر تعرضا له (٢).

٢٣٧- عدم تقييد التخلية بأى شرط :

يجب ألا تقيد التخلية بأى شرط ، بمعنى أن تصدر دون تحفظ . فيتخلى الحائز عن كل العقارات التى تكون فى يده بصفته حائزا . وإذا كان قد تصرف قبل الإنذار فى شئ من العقارات الضامنة لدين الدائن المرتهن الذى أنذره ، فالتخلية ترد على الباقى فى يده من هذه العقارات .

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٨٠- محمد كامل مرسى ص ٢٣٦ ومابعدها .

(٢) همام محمد زهران ص ٥٢٩ - سليمان مرقس ص ٢٨١ .

٢٣٨- ميعاد التخلية :

ليس للحائز أن يخلى قبل تسلمه الإنذار الذى يوجهه إليه الدائنون المرتهنون . ولم يشترط القانون ميعادا معينا تجرى فيه التخلية . فيجوز للحائز أن يجرى التخلية بعد إيداع قائمة شروط البيع وإلى أن يتم مرسى المزاد[١] .

٢٣٩- كيف تحصل التخلية ؟

تحصل التخلية بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار . ويجب على الحائز أن يطلب التأشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية. وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها .

وإذا لم تستوف هذه الإجراءات وقعت التخلية باطلة . وجاز للدائنين مباشرة إجراءات التنفيذ فى مواجهة الحائز [٢].

وإذا قبل الدائن المباشر للإجراءات التخلية تمت التخلية . أما إذا لم يقبلها كان على الحائز إعلان الدائن المباشر للإجراءات والمدين

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٣٨ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٤١– سليمان مرقس ص ٢٨٣ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٤٢ – محمد كامل مرسى ص ٢٣٩– محمد على إمام ص٣٨٩

بالتقرير وبالحضور إلى المحكمة لسماع الحكم بالتخلية . ويجوز عندئذ الاعتراض على التخلية إن كان لذلك محل .

٢٤٠ـ الرجوع عن التخلية بعد التقرير بها :

يجوز للحائز الرجوع عن التخلية بعد التقرير بها لأنه وإن كان بتخلية أوجب تدخل القضاء بتعيين حارس تكون إجراءات نزع الملكية فى مواجهته ، فإن له من جهة أخرى حتى وقت رسو المزاد أن يدفع دين أرباب الديون المقيدة ، وإن فعل فإنه يخلص عقاره (م١٠٦١) ويترتب على ذلك أن التخلية لاتنتج آثارها ، إذ لا يكون هناك محل لاتخاذ إجراءات نزع الملكية .

ولكن يجب لتخليص العقار أن يقوم الحائز بدفع الدين كله والفوائد والمصاريف[١] .

٢٤١ـ الأهلية اللازمة للتخلية :

لما كان الحائز الذى يتخلى عن العقار لايتنازل عن ملكية العقار وإنما عن مجرد حيازته العرضية ، فإنه لايجب أن تتوافر لديه أهلية التصرف ، وإنما تكفى أهلية الإدارة [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٣٩ ومابعدها .

(٢) محمد على إمام ص ٢٨٢- محمد كامل مرسى ص ٢٣٨ – سليمان مرقس ص ٢٨٢- همام محمد زهران ص ٥٢٩ ومابعدها .

٢٤٢ـ طلب تعيين حارس

إذا تمت التخلية بالتراضى أو التقاضى كان لكل ذى مصلحة من دائن أو راهن أو الحائز نفسه أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية . ويعين الحائز حارسا إذا طلب ذلك ، وإن كان من النادر أن يطلب الحارس تعيينه حارسا لأنه لو أراد أن تكون الإجراءات فى مواجهته لما تخلى عن العقار .

واختصاص القاضى المستعجل مقرر بنص صريح فلا يلزم القاضى المستعجل بتحرى شرط الاستعجال .

ويجوز للحائز أن يدخل فى المزاد وأن يرسو المزاد عليه . كما فى حالة البيع نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا خلى الحائز العقار ، لم يعد من الممكن الاستمرار فى اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهته ، ولو أنه يبقى مالكا للعقار .

ويجوز لكل ذى مصلحة ، كالدائن أو الراهن أو الحائز نفسه ، أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ الإجراءات فى مواجهته . ويجب تعيين الحائز حارسا لا باعتباره حائزا ، فيتوقى المساس بالسمعة ، وإن كان لا يتفادى مواجهة إجراءات التنفيذ "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٢٢ .

٢٤٣ـ آثار التخلية :

ينحصر أثر التخلية فى ترك الحائز للحيازة المادية للعقار ، ولكنه يظل مالكا للعقار ، ويحتفظ بالحيازة القانونية ويمارسها بواسطة الحارس .

فالحائز لا يتخلى عن الملكية للدائنين المرتهنين فيظل هو المالك إلى حين انتهاء إجراءات التنفيذ الجبرى . وكل ما يتخلى عنه الحائز هو الحيازة العرضية التى تكون للحارس .

ويترتب على احتفاظ الحائز بملكية العقار الأمور الآتية :

١- لاتعتبر التخلية ناقلة للملكية ومن ثم يظل الحائز مالكا وبالتالى لا يجب فى شأنها التسجيل .

٢- إذا هلك العقار بسبب أجنبى قبل رسو المزاد كانت نتيجة الهلاك على الحائز ومن ثم يبقى ملزما بالوفاء بالثمن إلى البائع إذا لم يكن قد تم الوفاء به .

٣- إذا رسا المزاد بثمن أعلى من الدين المضمون فإن ما يتبقى بعد الوفاء بديون الدائنين المرتهنين يكون من حق الحائز باعتباره مالكا للعقار . ولكن ذلك الاحتمال ضئيل لأنه لو كان الثمن يكفى لاختار الحائز اللجوء إلى التطهير .

٤- إذا انقضى الرهن لأى سبب من الأسباب مثل قيام الراهن بالوفاء بالدين فإن الحائز يسترجع العقار

٥- يجوز للحائز التصرف فى العقار أو ترتيب رهون أخرى ولكن لا تنفذ فى حق الحائزين إذا كان التصرف أو الرهن قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . وتخضع أعمال التصرف لنفس القيود التى يقيد بها المدين الراهن والسابق إيضاحها[١].

(١) حسام الدين الأهوانى ص ٥٦٣ ومابعدها – السنهورى ص ٣٥٥ .

مادة (١٠٧٢)

إذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقا لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد .

٢٤٤ـ طرح العقار فى المزاد :

إذا لم يختر الحائز وفاء الديون المقيدة أو تطهير العقار أو تخليته كان للدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات نزع الملكية ضده .

والدائن يباشر إجراءات نزع الملكية وفقا للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات وتوجه هذه الإجراءات ضد الحائز ، وهى لاتختلف عما لو كانت موجهة إلى المدين الأصلى .

ولايجوز اتخاذ إجراءات نزع الملكية ضد الحائز **إلا بعد إنذاره على يد محضر بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار** ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد وبورقة واحدة تعلن لكل من المدين والحائز . ولايجوز الإنذار قبل التنبيه إذ مناطه البدء فى إجراءات التنفيذ . لكن يجب فى جميع الحالات أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إلى الحائز وإلا كان الإنذار باطلا .

ويترتب على إعلان الإنذار أن يلتزم الحائز بكل ما كان يلتــزم به المدين عند تسجيل تنبيه نزع الملكيــة فتلحــق بالعقــار ثمــاره وإيراداته ويعتبر الحائز حارسا ولا تنفذ عقود الإيجار التى يبرمهـا بعد إنذاره إلا إذا كانت من أعمــال الإدارة الحســنة كمــا لاتنفـذ المخالصات والحوالات إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل إنذاره[1] .

وتنص المادة ٤١١ من قانون المرافعات على أن :

" إذا كان العقار مثقلا بتأمين عينى وآل إلى حائز بعقد مســجل قبل تسجيل التنبيه وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليتــه العقــار وإلا جرى التنفيذ في مواجهته .

ويجب أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إليــه وإلا كــان باطلا . ويترتب على إعلان الإنذار فى حق الحائز جميع الأحكــام المنصوص عليها فى المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ .

وتنص المادة ٤١٢ على أن : " يجب أن يســجل الإنــذار وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يومــا من تاريخ تسجيل التنبيه وإلا سقط تسجيل التنبيه".

وتنص المادة ٤١٣ على أنه : " إذا تبين سبق تســجيل إنــذار للحائز على العقار ذاته طبقت أحكــام المــادتين ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، اذا سقط تسجيل التنبيه سقط تبعا له تسجيل الإنذار " .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٣٣ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

إذا لم يختر الحائز دفع الديون المقيدة ولم يلجأ إلى التطهير أو التخلية ، اتخذت الإجراءات فى مواجهته هو باعتباره حائزا . ويجب لاتخاذ الإجراءات فى مواجهته أن ينذر بعد التنبيه على المدين أو مع هذا التنبيه . ولايجوز الإنذار قبل التنبيه . وفى هذا تقنين للقضاء المصرى فى هذه المسألة ، وعلة هذا الحكم أن المدين هو الذى يجب اتخاذ الإجراءات ضده أولا ، أما الحائز فهو تابع للمدين وتتخذ الإجراءات هذه بعد المدين أو معه "(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " حائز العقار المشار إليه بالمادة ٥٧٤ من القانون المدنى لا يمكن مبدئيا أن يكون إلا من آلت إليه من المدين ملكية العقار أو حق انتفاع عينى عليه ، فأصبح بمقتضى ماله من الملكية أو حق الانتفاع صاحب مصلحة فى الدفاع عنه ومنع بيعه إذا استطاع . والذى تدل عليه عبارة تلك المادة أن إنذار الحائز إنما يكون واجبا فى صورة ما إذا كان لهذا الحائز وجود فى ذلك الظرف الزمنى الذى ينبه فيه الدائن المرتهن على مدينه بالوفاء وينذره بنزع الملكية .

وبما أن معرفة وجود حائز للعقار بالمعنى المتقدم أو عدم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٢٧ .

وجوده إنما تكون بالكشف عن دفاتر التسجيلات العقارية ، فإذا طلب الدائن المرتهن هذا الكشف وظهر منه أن هناك تسجيل تصرف فى الملكية أو فى حق انتفاع صادر من المدين وجب عليه إنذار المتصرف إليه كما تقضى به المادة ٥٧٤ ، وإلا فهو يرفع دعوى نزع الملكية ويمضى فى الإجراءات لغاية البيع . ومهما يحدث بعد من تصرفات المدين المسجلة على العين فلا شأن لهذا الدائن المرتهن بها ولا تأثير لها فى إجراءات نزع الملكية والبيع ".

(ب)- " لايلزم أن يكون عقد الحائز مسجلاقبل تاريخ التنبيه على المدين بنزع الملكية ، بل يكفى أن يكون تسجيل عقده حاصلا قبل تسجيل التنبيه المذكور حتى يعتبر حائزا واجبا على الدائن المرتهن إنذاره قبل رفع دعوى نزع الملكية كمقتضى المادة ٥٧٤ بحيث لو كان تسجيل عقده حاصلا بعد تسجيل ذلك التنبيه فليس على هذا الدائن إنذاره بل له المضى فى الإجراءات وتكون إجراءاته صحيحة كما تقدم " .

(ج)- " القول فى الحيازة ووجوب إنذار صاحبها وعدم وجوبه وما يترتب على الإنذار وعدمه ، كله لا شأن له إلا بالنسبة للدائن المرتهن أو الدائن صاحب الاختصاص الذى حكمه حكم المرتهن من حيث ما له من حق تتبع العقار فى أى يد يكون . أما الدائن العادى ففكرة الحيازة الواجب إنذار صاحبهامنتفية بالنسبة له تماما .

وذلك من جهة لأن الدائن العادى يكون عابثا لو نبه على مدينه بنزع ملكية عقار له يكون قد تصرف فيه للغير تصرفا يكون أخرجه فعلا من ملكيته ، ومن جهة أخرى فإن القانون الأهلى لايحرم المدين من التصرف فى الملكية بعد تسجيل التنبيه .

فإذا حصل هذا التصرف وسجل ، بعد تسجيل التنبيه الحاصل من دائن عادى ، فى أى وقت سابق على تسجيل حكم مرسى المزاد ، فإن كل إجراءات التنفيذ تسقط وتكون لا قيمة لها مادام تسجيل التنبيه لا يكسب لا هو ولا إجراءات البيع ذلك الدائن العادى حقا عينيا على العقار يحتج به على من تنتقل إليه ملكيته من قبل مدينه ".

(طعن رقم ١٨ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١٢/١٩)

٢-(أ)- " إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية فإن تملكه للعقار لا يستتبع حتما انقضاء الرهن بل يكون للدائن المرتهن الحق فى نزع ملكية العقار وفاء لدينه ولايصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الراهن إذ هذا يؤدى إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذى كفله نص المادة ٥٥٤ من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون ، كما أن فيه إجازة لسقوط حق الرهن استقلالا عن الدين المضمون به . مع أنه تابع له لاينقضى إلا بانقضائه " .

(ب)- " إذا كان حائز العقار المرهون لم يتلـــق الملكيـــة مـــن المدين بل تلقاها عن غير طريقه سواء أكان ذلك بطريق الشراء من آخر أو بطريق وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية فلا علـــى الدائن المرتهن إذا هو لم ينذره أو يتخذ إجراءات نزع الملكية فـــى مواجهته عملا بالمادة ٦٩٧ مدنى مختلط التى تحكم واقعة الدعوى".

(طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

مادة (١٠٧٣)

١- يجوز للحائز الذى سجل سند ملكيته ولم يكن طرفا فى الدعوى التى حكم فيها على المدين بالدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها ، إذا كان الحكم بالدين لاحقا لتسجيل سند الحائز .

٢- ويجوز للحائز فى جميع الأحوال أن يتمسك بالدفوع التى لايزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها .

الشرح

٢٤٥- حق الحائز الذى سجل سند ملكيته فى التمسك بأوجه دفع المدين :

المرتهن لايعتبر للحاجز وجود إلا ابتداء من وقت تسجيل سنده ، فطالما أن الحكم صدر له على المدين قبل ذلك الوقت ، فلا يمكن أن يضار المرتهن بعد ذلك بمعارضة تصدر من الحائز . أما بعد هذا التسجيل فيجب على المرتهن اعتبار وجود الحائز ولزم عليه اختصامه فى الدعوى ، كى يدافع عن حقوقه ويمنع ما قد يضر به نتيجة إهمال المدين أو تواطئه .

ويكون للحائز أن يتمسك بكل أوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها ، كأن يدفع ببطلان الالتزام المضمون أو بانقضائه .

وإذا اختصم الحائز فى الدعوى المقامة على المدين كان له التمسك بكل الدفوع المتعلقة بالدين أو الرهن بجانب المدين . أما إذا

لم يختصم الحائز فى الدعوى واقتصر المرتهن على رفع الـــدعوى على المدين فإن الحكم الذى يصدر على المدين لايمنع الحائز مـــن التمسك بالدفوع التى كان للمدين أن يتمسك بها قبل صدور الحكم ، وذلك لأنه ليس للحكم حجية فى مواجهة[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا ما وجه الإنذار للحائز كان له حق المعارضة ، ولـــه أن يتمسك بالدفوع التى لايزال للمدين بعد الحكم حق التمســـك بهـــا ، كانقضاء الدين بعد الحكم به بالوفاء أو المقاصة أو بغير ذلك . بـــل له أيضا أن يتمسك بالدفوع التى كان للمدين ان يتمسك بهـــا قبـــل الحكم بشرط أن يكون فى موقف من شأنه ألا يجعل للحكم حجيـــة قبله ، ويتحقق ذلك إذا كان الحكم لاحقا لتسجيل سنده ولم يكن طرفا فى الدعوى ، فإن الحكم فى هذه الحالة لا يكون حجة عليه مادام قد سجل سنده قبل صدوره ولم يدخله الدائن خصما ثالثا "[٢].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٠٧ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٧ ص ١٢٧ ومابعدها .

مــادة (١٠٧٤)

يحق للحائز أن يدخل فى المزاد على شرط ألا يعرض فيه ثمنا أقل من الباقى فى ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه .

الشــرح

٢٤٦ـ دخـول الحائز فى المزاد :

يجوز لكل شخص أن يتقدم للمزايدة فيما عدا المدين والراهن إن كان غيره . وفيما عدا الأشخاص الممنوعون قانونـا مـن ذلـك . فيجوز التقدم للمزايدة للحائز وللدائن طالب البيع وللدائنين الآخرين وللغير .

غير أنه إذا تقدم الحائز فى المزايدة ، وجب عليه ألا يعـرض فى المزاد ثمنا أقل من الباقى فى ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه. فالفرض هنا أن الحائز اشترى العقار ، وعجل شيئا من الثمن وبقى فى ذمته باقى الثمن ، ومن ثم اشترط ألا يكون عطاء الحائز أقـل من هذا الباقى فى ذمته للبائع ، لأن الحائز ملزم بدفع هـذا البـاقى على أى حال ، فلأن يتقدم به عطاء فى المزاد خير من أن يدفعـه للبائع له .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الحائز لم يدفع الثمن كله ، تعـين عليه تقديم عطاء بهذا الثمن .

مـادة (١٠٧٥)

إذا نزعت ملكية العقار المرهون ولو كان ذلـك بعـد اتخـاذ إجراءات التطهير أو التخلية ورسا المزاد على الحـائز نفسـه ، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصـلى ، ويتطهـر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المـزاد أو أودعه خزانة المحكمة .

الشـرح

٢٤٧- دخـول الحائز فى المزاد :

إذا طرح العقار فى البيع بالمزاد ، ولو كان ذلـك بعـد اتخـاذ إجراءات التطهير أو التخلية ، وسواء بوشـرت إجـراءات البيـع بالمزاد فى مواجهة الحائز أو الحارس فى حالة تخلـى الأول عـن العقار . وأسفرت إجراءات البيع عن رسو المزاد علـى الحـائز . اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى .

فرسو المزاد على الحائز يدعم ملكيته ، بيد أن حكـم مرسـى المزاد لا يعتبر سندا لملكية الحائز[1] ، بل يظل هذا الأخير مالكـا

---

(١) وكانت المادة (١٤٩٧) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٠٧٥) تضيف بعد عبارة " بمقتضى سند ملكيته الأصلى " عبارة " دون حاجة إلى تسجيل حكم مرسىالمزاد " ، إلا أن العبارة الأخيرة حذفت فى لجنة المراجعة لأنها تفصيل لا حاجة له (مجموعة الأعمـال التحضـيرية جـ٧ ص ١٣٠ ومابعدها).

بمقتضى سنده الأصلى ، عقد البيع مثلا ، ولهذا فلا توجد ضـــرورة لقيام الحائز بتسجيل حكم مرسى المزاد ، لأن هذا الحكم لا ينقل إليه الملكية . ولكن يؤشر به فى هامش تسجيل سند الحائز الذى تملـــك بمقتضاه العقار وهامش تسجيل إنذار الحائز حتى يعلم الغيـــر بـــأن الملكية التى كانت مهددة بالزوال عن الحائز نتيجة لإجراءات نـــزع الملكية قد استقرت له نهائيا . وذلك عملا بالمادة ٤٤٨ من قـــانون المرافعات التى تقضى بأن : " إذا حكم بإيقاع بيع العقار على حائزه لا يكون تسجيل هذا الحكم واجبا ويؤشر به فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلا وهامش تسجيل إنذار الحائز " .

وإذا ظل الحائز مالكا للعقار بمقتضى ســنده الأصـــلى ، فـــإن علاقته بمملكه تستمر محكومة بهذا السند . وعلى ذلك فالحائز يظل ملتزما قبل البائع له بالفرق بين مبلغ الثمن المتفق عليه بينهما فـــى عقد البيع وبين المبلغ الذى رسا به المزاد عليه ، إذا قل هذا المبلغ الأخير عن المبلغ الأول [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإن رسا المزاد على الحائز ، فإن الملكية تعتبر منتقلة إليـــه ، من وقت سند الملكية الأصلى ، لا من وقـــت رســـو المـــزاد ، ولا

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٤٩ ومابعدها – السنهورى ص ٤٦٦ .

يكون رسو المزاد إلا مؤكدا لانتقال الملكية . ويتطهر العقار بدفع الثمن إلى الدائنين أو بإيداعه خزينة المحكمة "(١) .

٢٤٨ـ تطهير العقار من كل قيد :

لايعتبر العقار مطهرا من الحقوق العينية التبعية المثقلة له ، إلا بدفع الحائز للثمن الذى رسا به المزاد أو بإيداعه له خزانة المحكمة.

ومعلوم أن الذى يتطهر منه العقار بناء على حكم مرسى المزاد هو الحقوق العينية التبعية التى تقررت من المالك السابق وقيدت قبل اكتساب الحائز لملكية العقار . لكن يظل العقار فى يد الحائز مثقلا بما قرره هو من حقوق عينية تبعية باعتباره مالكا للعقار سواء ضمانا لديون عليه أو ديون على غيره . وإذا حلت آجالها كان لأصحابها التنفيذ على ما تبقى من ثمن العقار بعد استيفاء الديون المقيدة قبل انتقال ملكية العقار للحائز .

كما تظل جميع الحقوق العينية الأصلية غير القابلة للبيع استقلالا التى قررها الحائز فى الفترة ما بين اكتسابه ملكية العقار بمقتضى السند الأصلى وبين إيقاع البيع بعد رسو المزاد .

وإذا رسا المزاد على الحائز بمبلغ يزيد عما فى ذمته بسبب اكتسابه ملكية العقار من المالك السابق بدعوى الإثراء بلا سبب أو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٤١ .

بدعوى الضمان أو بدعوى الحلول حسب الأحوال كما ذكرنا سلفا[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كانت المادة ٦٧٥ من قانون المرافعات المختلط تنص على أن تسجيل حكم رسو المزاد يطهر العقار من الرهون ولا يكون للدائنين حقوق إلا على الثمن ، إلا أن هذا التطهير معلق على قيام الراسى عليه المزاد بأداء الثمن فى أجل استحقاقه ، يؤكد ذلك أن المادة ٦٩٥ من القانون المدنى المختلط تنص على أنه : " لا يجوز محو تسجيل الرهن إلا بناء على حكم صار انتهائيا أو برضاء الدائن الحاصل بتقرير منه فى قلم كتاب المحكمة " وهذا التقرير من الدائن لا يحصل إلا بعد استيلائه على حقه من ثمن العقار وفقا لنص المادة ٧٤٣ من قانون المرافعات المختلط ، فإذا لم يكن الدائن قد حصل على دينه كان له اتخاذ إجراءات إعادة البيع على ذمة المشترى المتخلف وتصح هذه الإجراءات قبل هذا المشترى وحده ولو كان قد تصرف فى العقار بالبيع إلى الغير بعد رسو المزاد ويسجل هذا الغير عقد شرائه ، إذ لا يعتبر الغير فى هذه الصورة حائزا للعقار فى معنى المادة ٦٩٧ من القانون المدنى المختلط ممن وجب التنبيه عليهم بالدفع أو التخلية ، لأن الحائز فى حكم هذه المادة

---

(١) همام محمد زهران ص ٥٣٤ ومابعدها .

هو من آلت إليه ملكية العقار المرهون وقام بتسجيل عقده قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ولا ينطبق هذا الوصف فى هذه الحالة على الغير الذى لايعدو أن يكون خلفا للراسى عليه المزاد " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١١/٥)

مـــادة (١٠٧٦)

إذا رسا المزاد فى الأحوال المتقدمة على شخص آخــر غيــر الحائز ، فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضـــى حكم مرسى المزاد .

الشــــرح

٢٤٩ـ رسو المزاد على غير الحائز :

إذا رسا المزاد على شخص آخر غير الحائز فإن الراسى عليه المزاد يتلقى الملكية عن هذا الأخير . ومادام حكم مرسى المزاد هو الذى ينقل الملكية إلى من رسا عليه المزاد فإنه يلزم تسجيله حتـــى تنتقل الملكية فعلا إلى الراسى عليه المزاد .

وتنص المادة (٤٤٧) من قانون المرافعات على أن : " يقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل الحكم بإيقـــاع البيـــع خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره .

ويكون الحكم المسجل سندا بملكية من أوقع البيع عليه . علـــى أنه لاينقل إليه سوى ما كان للمدين أو للحائز أو الكفيل العينى مـــن حقوق فى العقار المبيع " .

والملكية تنتقل إلى من رسا إليه المزاد خالصة من كل الحقوق المقيدة على العقار حتى تسجيل تنبيه نزع الملكية ، بشرط أن يقـــوم الراسى عليه المزاد بإيداع الثمن خزانة المحكمـــة أو يدفعنـــه إلـــى الدائنين المقيدين بحسب ترتيب قيودهم كما سنرى (م١٠٨٤).

ويتطهر العقار من الحقوق المقيدة عليه سواء تم الوفـــاء بهـــا

جميعا أو لم يتم ، وسواء قررها المالك الأصلى أو الحائز نفسه لأن الملكية يجب أن تنتقل إلى الراسى عليه المزاد خالية من جميع حقوق الرهن والاختصاص والامتياز التى تثقل العقار .

وتطهير العقار من الحقوق التى قررها الحائز ليس مرجعه مباشرة حق التتبع ولكن بيع العقار بالمزاد وما يستتبعه من زوال الحقوق المقيدة وانتقالها .

ويستلزم رسو المزاد تصفية مركز الحائز ، أى تحديد حقوقه والتزاماته فى مواجهة ذوى الشأن من الدائنين المرتهنين والدائنين المباشرين لإجراءات التنفيذ والراسى عليه المزاد والمالك السابق والمدين .

فيجب تحديد مركز ذوى الشأن من حيث المتبقى من ثمن رسو المزاد بعد دفع الديون المقيدة ، والحقوق التى قررها الحائز على العقار ، والحقوق التى كانت له على هذا العقار قبل أن يتملكه والثمار والتلف الذى يصيب العقار والمصروفات وأخيرا رجوع الحاجز كما سنرى[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وإن رسا المزاد على غير الحائز ، فإن الحكم برسو المزاد هو الذى ينقل الملكية إلى من رسا عليه ، ويكون الثمن الذى رسا به المزاد للحائز ، يستوفى منه الدائنون حقوقهم وما يبقى فهو له

---

(١) محمد على إمام ص ٣٩٤ ومابعدها .

وللدائنين المرتهنين منه هو ، ويرجع بدعوى ضمان الاستحقاق على من تلقى الملك منه وفقاً لقواعد الضمان فى البيع أو الهبة ، وله أيضاً أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب ، بما دفعه زيادة عما فى ذمته بمقتضى سند ملكيته ، ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم طبقاً لقواعد الحلول . وإذا كانت له حقوق عينية على العقار المرهون (كرهن أو ارتفاق) قبل أن تنتقل إليه ملكيته فزالت باتحاد الذمة ، ثم رسا المزاد على غيره ، فإن هذه الحقوق العينية تعود والحائز على كل حال مسئول عن الثمار من وقت الإنذار أو التخلية ، إذ تلحق الثمار بالعقار قبله من ذلك الوقت . فإذا تركت الإجراءات ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد ، لأن الإنذار القديم يكون قد سقط وهو مسئول أيضاً أمام الدائنين عما يصيب العقار المرهون من تلف بخطئه "[1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٤١ ومابعدها .

مـــادة (١٠٧٧)

إذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز وكان للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة .

الشـــرح

٢٥٠ـ رسو المزاد بثمن يزيد على المستحق للدائنين :

الثمن الذى يرسو به المزاد من حق الحائز لأنه مالـــك للعقـــار المبيع . وينبنى على ذلك أن ما يتبقى من الثمن بعد وفـــاء الـــديون المقيدة ودفع مصاريف البيع يكون للحائز . ومن ثم يكون للـــدائنين المرتهنين منه حق الأولوية على هذه الزيادة إذ لهم التنفيـــذ عليهـــا واستيفاء حقوقهم منها .

مـادة (١٠٧٨)

يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى .

الشـــرح

٢٥١ـ عودة الحقوق العينية إلى حائز العقار :

قد يكون للحائز حقوق عينية على العقار قبل تملكه كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن رسمى أو حيازى أو اختصاص أو امتياز ، ثـم تزول هذه الحقوق بمجرد تملكه له إذ أنه صاحبها ولا يســتطيع أن يباشرها على ما يملك فحق الارتفاق يزول باجتماع ملكية العقارين الخادم والمخدوم فى يد شخص واحد ، والانتفاع يزول إذا آلت إلى المنتفع الملكية التامة ، وكذلك حقوق الرهن والاختصاص والامتياز لا يباشرها الدائن على ملكه .

ولكن إذا بيع العقار بعد ذلك ورسا مزاده علـــى غيــر الحــائز وانتزعت ملكية الحائز فإن من الطبيعى أن الحقوق العينيـــة التـــى كانت له على العقار قبل أن يصبح حائزا ، تعود إليه كمــا كانــت طالما كانت مشهرة قبل قيد حقوق الدائنين المقيدين وبالتالى كانــت سارية فى مواجهتهم . فالدائنون عندما ارتهنوا العقار كانوا يعلمون أنه مثقل بهذه الحقوق ، وليس من العدل أن يترتب على مجرد تملك الحائز للعقار خلال هذه الفترة ضياع هذه الحقوق حتى بعــد زوال ملكيته وإلا كان معنى ذلك أنهم يثرون على حسابه دون سبب .

وبناء على ذلك تعود للحائز حقوق الانتفاع والارتفاق التى كانت له على العقار قبل انتقال الملكية إليه . كما تعود كذلك الرهون الرسمية والحيازية وحقوق الاختصاص والامتياز التى كانت للحائز بمرتبتها السابقة بشرط أن لا يكون قيدها قد سقط بمحوه أو بعدم تجديده قبل مضى عشر سنوات .

وينتقل العقار إلى الراسى عليه المزاد محملا بهذه الحقوق فيما عدا حقوق الرهن والاختصاص والامتياز الذى يترتب على رسو المزاد تطهير العقار منها وانتقالها إلى الثمن .

ويطبق الحكم الوارد بالمادة على حقوق الارتفاق التى كانت مقررة قبل نقل الملكية على عقار الحائز لمنفعة العقار المرهون حتى لا يثرى الحائز على حساب الدائنين بلا سبب[١] .

---

(١) محمد على إمام ص ٣٩٧ ومابعدها - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٥٤ ومابعدها .

مـــادة (١٠٧٩)

على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقـت إنـذاره بالـدفع أو التخلية ، فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد .

الشـــرح

٢٥٢- ثمار العقار :

الأصل أن ثمار العقار المرهون للحائز حتى وقت رسو المزاد لأنه يملك العقار إلى هذا الوقت . بيد أن حق الحائز فـي الثمـار لايصير خالصا من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، إذ ابتداء من هذا الوقت تلحق الثمار بالعقار ويوزع ثمنها كما يوزع ثمنه . بمعنى أن يكون للدائنين المقيدين مباشرة حق الأولوية على ثمن هذه الثمار .

ويلاحظ أن أثر الإنذار فى إلحاق الثمار بالعقار يسـقط بتـرك إجراءات التنفيذ مدة ثلاث سنوات . ويحصل سقوط الإنذار هنا بقوة القانون أى دون حاجة إلى الحكم ببطلانه . وإذا سـقط الإنـذار ، اعتبر كأن لم يكن وأصبحت الثمار حقا خالصا للحائز .

غير أنه يجوز توجيه إنذار جديد إذا كان ذلك ممكنا ، ولكـن لا تلحق الثمار بالعقار فى هذه الحالة إلا من تاريخ هذا الإنذار الجديد.

ويلاحظ هنا الفرق بين حالة ما إذا كان العقار فى يـد الحـائز فتلحق به الثمار من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية ، وحالة مـا إذا

كان العقار فى يد المدين فتلحق به الثمار من وقت تسـجيل تنبيـه نزع الملكية[١] .

والثمار التى يشملها الإلحاق هى كل الثمار طبيعيـة كانـت أم صناعية أم مدنية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والحائز على كل حال مسئول عن الثمار من وقت الإنـذار أو التخلية ، إذ تلحق الثمار بالعقار قبله من ذلك الوقت . فإذا تركـت الإجراءات ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد ، لأن الإنذار القديم يكون قد سقط وهو مسـئول أيضـا أمام الدائنين عما يصيب العقار المرهون من تلف بخطئه "[٢].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٤٥ ومابعدها- محمد على إمـام ص ٣٩٨ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص١٤٢ .

مـادة (١٠٨٠)

١- يرجع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق في الحدود التي يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعا .

٢- ويرجع الحائز أيضا على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته أيا كان السبب في دفع هذه الزيادة ، ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين .

الشرح

٢٥٣- رجوع الحائز على المالك السابق :

الحائز الذي ينزع العقار منه بسبب إجراءات التنفيذ أو الذي احتفظ به بعد اضطراره إلى وفاء حقوق الدائنين أو دفع قيمة العقار في حالة التطهير أو الثمن الذي اشتراه به في المزاد ، يستطيع طبقا للقواعد العامة الرجوع بالضمان على من تلقى الحق منه إذا كان سنده يخوله هذا الحق وفي حدوده وهو ما قننته المادة (١٠٨٠) . فإذا كان الحائز قد تملك بمقابل ، كان له أن يرجع على سلفه بضمان الاستحقاق طبقا للقواعد المبينة في القانون المدني بخصوص عقد البيع (المادتان ٤٤٣ ، ٤٤٤) .

أما إذا كان قد تلقى الملكية تبرعا ، بطريق الهبة أو الوصية لم يكن له رجوع على سلفه إلا إذا تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفى الحالة الأولى يقدر القاضى للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر . وفى الحالة الثانية لايضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض. كل هذا ما لم يتفق على غيره (م٤٩٤/١ مدنى) .

ويلاحظ ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٤٩٩ مدنى من أنه : " إذا كان الشئ الموهوب مثقلا بحق عينى ضمانا لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك "[١] .

وليس للحائز أن يرجع بدعوى الضمان إذا حصل الاستحقاق بتقصيره ، كما إذا لم يتمسك ببطلان الرهن أو انقضاء الدين .

وللحائز أن يرجع على مملكه بدعوى الضمان بمجرد إنذاره بالدفع أو التخلية . وإن كان للقاضى الحق فى أن يوقف الفصل فى هذه الدعوى حتى يتم نزع العقار من يد الحائز .

وموضوع دعوى الضمان هو تعويض الحائز عن كل ما لحقه من ضرر بسبب تحمل العقار بالرهن ، وليس فقط استرداد الثمن

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٣٩ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٥٧ ومابعدها .

الذى رسا به المزاد ، لأن ثمن رسو المزاد يكون فى الغالب أقل من القيمة الحقيقة للعقار [١] .

٢٥٤- رجوع الحائز على المدين :

يكون للحائز فى كل الأحوال الرجوع على المدين الذى قضيت ديونه من ثمن بيع عقار الحائز .

ويرجع عليه بالدعوى الشخصية بناء على قواعد الإثراء بلا سبب . ويتحدد رجوع الحائز بقدر ما وفاه من دين المدين وذلك بعد استنزال ما هو مستحق فى ذمته بمقتضى سند ملكيته .

كما يجوز له الرجوع على المدين بدعوى الحلول محل الدائن . ويثبت حق الحلول للحائز فى هذه الحالة بناء على نص القانون (م٣٢٦ فقرة جـ و١٠٨٠ فقرة ٢) . فهو يحل محل الدائن فى كل ما قدمه المدين من تأمينات أخرى غير العقار الذى نزعت ملكيته ، سواء بقيت فى ملكه أم انتقلت منه إلى حائزين آخرين . أما التأمينات الأخرى المقدمة من غير المدين كالكفالة العينية أو الشخصية فإن الحائز لا يحل محل الدائن فيها ولايستطيع مطالبة الكفيل الشخصى أو العينى[٢] .

والغالب يكون المدين هو نفس الشخص الذى تلقى الحائز العقار

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٥٨ – محمد كامل مرسى ص ٢٥٢ .

(٢) محمد على إمام ص ٤٠٢ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٤٠ .

منه ، كما إذا رهن المدين عقاره ثم باعه بعد ذلك ، فيكون الحائز مخيرا بين الرجوع عليه على أساس ضمان الاستحقاق أو بالدعوى الشخصية أو يرجع عليه به بدعوى الحلول محل الدائنين [١] .

ويلاحظ أن حلول الحائز فى التأمينات الأخرى يفقد مزيته إذا كان قيد هذه التأمينات قد سقط لعدم تجديده قبل انقضاء عشر سنوات ، فيتعين على الحائز فى هذه الحالة إجراء قيد جديد تثبت له بمقتضاه مرتبة جديدة من تاريخ إجرائه فقط [٢] .

٢٥٥- الرجوع فيما بين الحائزين :

إذا تعدد الحائزون ، كأن كانت هناك جملة عقارات مرهونة من أجل دين واحد وانتقلت ملكيتها إلى عدة أشخاص ، ثم اختار الدائن أحد الحائزين لنزع ملكيته ، واستوفى المرتهن حقه من الثمن ، فإن هذا الحائز يحل محل الدائن فى الرهون المرتبة على العقارات الأخرى ويجوز له وفقا لمبدأ عدم تجزئة الرهن التنفيذ على الحائزين الآخرين بكل ما دفعه . ولكن ذلك يؤدى إلى جعل هذا الحائز فى مركز يفضل سائر الحائزين لأنه يرجع عليهم ولايستطيع أحدهم الرجوع عليه بعد أن نزعت ملكية العقار المرهون . وعلاجا لهذا نصت المادة ٣٣١ مدنى على أنه : " إذا وفى حائز العقار

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٤٠ .

(٢) سليمان مرقس ص ٢٣٧ .

المرهون كل الدين . وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار ".

وبناء على ذلك إذا تعدد الحائزون ونزعت ملكية أحدهم بثمن يجاوز قيمة ما يخصه فى الدين المضمون بنسبة عقاره إلى مجموع العقارات المرهونة ، حل هذا الحائز بالفرق محل الدائن قبل الحائزين الآخرين [١] .

٢٥٦- العلاقة بين الحائز والكفيل :

قد يكون الدين الذى نفذ على عقار الحائز من أجله أو الذى وفاه الحائز ، مضمونا أيضا فى نفس الوقت بكفالة عينية أو شخصية . وعندئذ يتعين البحث فيما إذا كان يجوز للحائز أن يرجع على الكفيل .

يجيب القانون المدنى الجديد عن ذلك بالنفى .

فالمادة (١٠٦١) منه بعد أن بينت أن للحائز الذى يقضى الدين المضمون بالرهن حق الحلول محل الدائن الذى استوفى دينه فيما له من حقوق ، تستثنى من هذه الحقوق التأمينات التى قدمها شخص غير المدين ، وهى حال الكفيل شخصيا كان أم عينيا . وقد عاد

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٣٧ ومابعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٦١ ومابعدها .

المشرع وقرر هذا الحكم فى الفقرة الثانية من المادة (١٠٨٠) التى تقرر حق الحائز فى الرجوع على المدين بما وفاه عنه أيا كان طريق هذا الوفاء ، وتمنح الحائز حق الحلول محل الدائنين الذين استوفوا حقوقهم وفى هذا تقول الفقرة المذكورة "٢- ويرجع الحائز أيضا على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق فى ذمته بمقتضى سند ملكيته أيا كان السبب فى دفع هذه الزيادة . ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم . وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التى قدمها شخص آخر غير المدين ".

ويظهر من هذا أن نصوص التقنين المدنى الجديد قاطعة فى عدم حلول الحائز محل الدائن الذى يفى له بدينه بطريق أو بآخر فى التأمينات التى قدمها شخص غير المدين . وبعبارة أخرى لا يحل الحائز محل الدائن فى مواجهة الكفيل شخصيا كان أم عينيا .

والحكمة من عدم تخويل الحائز حق الرجوع على الكفيل شخصيا كان أم عينيا ، ولو كان ذلك بدعوى الحلول محل الدائن ، هى أنه لو كان العقار المرهون قد بقى فى يد المدين ولم ينتقل منه إلى الحائز ، لما كان لهذا المدين أن يرجع على الكفيل فى حالة التنفيذ عليه ، فلا يصح أن يسوء مركز الكفيل لمجرد قيام المدين بالتصرف فى العقار للحائز . فضلا عن ذلك فالحائز فى أغلب

الأحوال مقصر ، إذ كان يجب عليه وقد عرف أن العقار مرهون ، ألا يدفع الثمن إلى المدين وأن يقوم بعرض قيمته علـى المـرتهن ليطهره من الرهن فى ذات الوقت الذى يبرئ نفسه فيه من الثمن ، أما ولم يفعل فهو مقصر وكان عليه أن يتحمل نتيجة تقصيره (١) .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٦٣ ومابعـدها - السـنهورى ص ٤٧٨ - محمد على إمام ص٤٠٣ ومابعدها .

مــادة (١٠٨١)

الحائز مسئول شخصيا قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه .

الشـــرح

٢٥٧- مسئولية الحائز عما يصيب العقار من تلف :

يترتب على اعتبار الحائز مالكا للعقار أنه إذا تلف العقار بخطأ منه ، كان مسئولا عن ذلك فيكون لكل دائن لم يستوف حقه كاملا من ثمن العقار أن يرجع على الحائز فى سائر أمواله بالتعويض عن هذا التلف ، لأن مسئولية الحائز عن التلف مسئولية شخصية .

وهذا التعويض يمثل فى الحقيقة الفرق بين ما حصل عليه الدائنون وما كانوا يحصلون عليه لو أن العقار لم يتلف وبيع بثمن أعلى مما رسا به مزاده .

ومن الطبيعى ألا يسأل الحائز عن التلف غير الواقع بفعله ، كالتلف الحادث بفعل الراهن قبل انتقال الملكية إليه ، والتلف الحادث بسبب أجنبى . ويقع عبء إثبات هذه المسئولية على من يدعيها من الدائنين المقيدين .

ويلحق التعويض الذى يدفعه الحائز المسئول بثمن العقار المرهون ويوزع على الدائنين أصحاب الرهون المقيدة والنافذة فى مواجهة الحائز[1] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٣٦ ومابعدها .

الفصل الثالث
انقضاء الرهن
مادة (١٠٨٢)

ينقضى حق الرهن الرسمى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته .

الشرح

٢٥٨- انقضاء حق الرهن بانقضاء الدين :

ينقضى حق الرهن الرسمى بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون أيا كان سبب هذا الانقضاء .

وعلى ذلك ينقضى حق الرهن إذا انقضى الدين المضمون بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم .

ويشترط لانقضاء حق الرهن بصفة تبعية أن يكون الدين المضمون قد انقضى كله ، أما إذا انقضى جزء من هذا الدين وبقى الجزء الآخر ، فإن حق الرهن يبقى قائما ضمانا للجزء الباقى ، وذلك تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الرهن (م١٠٤١) .

٢٥٩- عودة الرهن إذا زال السبب الذى انقضى به الدين :

إذا بطل انقضاء الدين المضمون ، كما إذا قام المدين بوفاء الدين المضمون بالرهن ، ثم أبطل هذا الوفاء لنقص فى أهلية المدين ، أو لكونه غير مالك لما أوفى به ، فإن الدين يعود ، ويرجع الرهن بعودة هذا الدين .

وإذا عاد الرهن ولم يكسب أحد على العقار حقا عينيا تبعيا ، عاد الرهن بمرتبته الأصلية وكأنه لم ينقض .

أما إذا كسب أحد حقا عينيا تبعيا على العقار كرهن ثان مثلا ، فى الفترة ما بين انقضاء الرهن الأول بسبب وجود سبب الانقضاء وعودة هذا السبب ، فإنه يجب التفرقة فى أثر عودة هذا الرهن بين **ما إذا كان الغير الذى كسب حقا على العقار حسن النية أم سئ النية.**

فإذا كان الغير الذى كسب حقا على العقار حسن النية أى لا يعلم بما شاب سبب انقضاء الدين والرهن ، فإن حقه يبقى قائما فى مواجهة الدائن المرتهن . أما إذا كان الغير سئ النية أى يعلم بما شاب سبب انقضاء الدين والرهن ، فإن رهنه الثانى يبقى رهنا ثانيا ويتقدمه الرهن الأول عند عودته[١] .

---

(١) السنهورى ص ٤٨٤ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٤٣ ومابعدها – توفيق حسن فرج ص ١٩٦ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينقضى حق الرهن بطريقة تبعية مع الدين ، فإذا كان الدين قد انقضى ثم عاد بزوال سبب انقضائه ، كأن كان الوفاء باطلا أو الإبراء صادرا من غير ذى أهلية رجع الرهن برجوع الدين . ولكن إذا كان الغير حسن النية قد كسب على العقار المرهون حقا عينيا ما بين انقضاء الرهن وعودته ، وجب احترام هذا الحق "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٤٨ ومابعدها .

مـادة (١٠٨٣)

إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمى نهائيا ، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار .

الشـرح

٢٦٠- انقضاء حق الرهن الرسمى نهائيا بالتطهير :

تقدم أن إجراء التطهير يخلص العقار المرهـون مـن رهـون أرباب الديون المقيدة الذين أعلنوا بالتطهير ولو لم يدركهم الدور فى استيفاء ديونهم من قيمة العقار .

والتطهير ينتج أثره حتى ولو زالت ملكية الحائز الـذى أجـراه لأى سبب من الأسباب ، ولو كان زوالها بأثر رجعـى كفسـخ أو بطلان سند تملكه ، أو لتحقق الشرط الفاسخ الذى كان معلقا عليـه ملكيته .

فالملكية تعود عندئذ إلى المالك السابق خالصة من الرهون التى طهر منها العقار .

وعلى ذلك إذا اشترى شخص العقـار المرهـون ، ولمـا أراد الدائن المرتهن التنفيذ على هذا العقار تحت يده ، قام بتطهيره ، ثـم فسخ عقد الشراء أو أبطل ، فعادت الملكية إلى البائع (المدين) فإن هذا البائع يسترد العقار مطهرا أى خاليا من الرهن ، ولـو كانـت القيمة التى استوفاها الدائن من الحائز لم تكف لسداد كل الدين[١] .

---

(١) محمد لبيب شنب ص١٧٢ ومابعدها – سليمان مرقس ص٢٨٧ ومابعدها .

وبالتالى يترتب على ذلك أن يتحول الدائن المرتهن الـذى لـم يستوف حقه إلى دائن عادى ، أى يتجرد من حـق التقـدم وحـق التتبع[١].

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وينقضى حق الرهن بطريقة أصلية ، أى مستقلا عن الـدين ، بأسباب مختلفة . فهو ينقضى بالتطهير ، حتى لو فسـخت ملكيـة الحائز الذى أجرى التطهير ، كما إذا طهر المشترى وفـاء العقـار المرهون ثم استرده البائع فإنه يسترده مطهرا . وينقضـى كـذلك بالبيع الجبرى ، ويتطهر العقار بإيداع الثمن خزينـة المحكمـة أو بدفعه للدائنين "[٢] .

٢٦١- عدم انقضاء الرهن بصفة أصلية بالتقادم مع بقاء الدين :

ينقضى حق الرهن بسقوط الدين المضـمون بالتقـادم فيكـون انقضاؤه تبعا لانقضاء ذلك الدين .

إلا أن الرهن الرسمى لاينقضى استقلالا بمضى المدة ، إذا كان العقار المرهون فى يد الراهن ، لأن الراهن يلتزم ببقاء الرهن لحين الوفاء بالدين بتمامه. ولا يستطيع الراهن أن يتمسك بالتقادم المسقط.

---

(١) نعمان محمد جمعه ص ١٢٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ١٥٠

ولاينقضى الرهن أيضا بالتقادم إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الحائز[١] لأن الحائز يهدف إلى التخلص من الرهن الذى على ملكه ولا يبغى اكتساب حق الرهن على ملك الغير .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه لما كانت المادة ٢٠٨ من القانون المدنى (القديم) ، لا تنطبق كما هو صريح نصها ، إلا على الديون أو التعهدات فإن حكمها لا يسرى على الرهن الرسمى الذى هو حق عينى ، بل الذى يسرى عليه هو حكم المادة ٨٨ التى أورد فيها القانون بيان أحوال

---

(١) سليمان مرقس ص ٤١١ - السنهورى ص ٤٩٥ ومابعدها - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٧٦ ومابعدها - وكانت المادة (١٥١٠) من المشروع التمهيدى تنص على أن :

"١- لاينقضى الرهن الرسمى بالتقادم مستقلا عن الدين المضمون .

٢- ومع ذلك إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز فإن دعوى الرهن بالنسبة إليه تسقط بالتقادم إذا لم يرفعها عليه الدائن المرتهن فى خلال خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمكنه من رفعها وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو التخلية " . وأصبح رقمها (١١٨٧) فى المشروع النهائى ، إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بملحق تقرير اللجنة أنه : " اقترح حذف الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٧ بسبب ما وجه إلى نظيرها فى القانون المدنى الفرنسى من نقد - وقد رأت اللجنة أن الأخذ بهذا الاقتراح يستتبع حذف الفقرة الأولى أيضا فقررت حذف المادة بعقوبتها اكتفاء بالقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٤٩ الهامش ومابعدها) .

زوال الحقوق العينية . ولما كان حق الرهن بحسب طبيعته لا يمكن اكتسابه بوضع اليد لأنه حق تبعى لايتصور له وجود إلا ضمانا لدين ، والديون لا تكتسب بوضع اليد ، فالاستثناء المنصوص عليه فى المادة ١٠٢ من القانون المدنى المختلط ليس إلا تقريرا لما هو مقرر ، فإغفاله فى المادة ٧٦ من القانون الأهلى لا يمكن أن يفيد أن هذا القانون جاء على خلاف القانون المختلط مجيزا اكتساب الرهن بوضع اليد . ولما كان عدم الاستعمال ليس من أسباب زوال الحقوق العينية الواردة على سبيل الحصر فى المادة ٨٨ فإن حق الرهن المحفوظ وفقا للقانون لا يمكن أن يسقط بمضى المدة استقلالا عن الدين المضمون به ".

(طعن رقم ١١٧ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥)

٢- " إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية فإن تملكه للعقار لا يستتبع حتما انقضاء الرهن بل يكون للدائن المرتهن الحق فى نزع ملكية العقار وفاء لدينه ولايصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن إذ هذا يؤدى إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذى كفله نص المادة ٥٥٤ من القانون المدنى من استيفاء دينه بالأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون ، كما أن فيه إجازة لسقوط حق الرهن استقلالا عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لاينقضى إلا بانقضائه " .

(طعن زقم ٢٨٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

مـــادة (١٠٨٤)

إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلنى سواء كـــان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم إليـــه العقار عند التخلية ، فإن حقوق الرهن على هذا العقـــار تنقضـــى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن .

الشـــرح

٢٦٢- أثر بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلنى :

(أ) - البيع فى مواجهة مالك العقار :

إذا كان العقار المرهون لم ينتقل إلى حـــائز ، وباشـــر الـــدائن المرتهن التنفيذ عليه ببيعه بيعا جبريا فى المـــزاد العلنـــى . وبيـــع العقار بالمزاد ورسا مزاده على المشترى . فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد . أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمـــح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم مـــن هـــذا الثمن .

والراسى عليه المزاد يفضل بداهة إيداع الثمن خزانة المحكمـــة بدلا من توليه توزيع الثمن على الدائنين حسب مـــراتبهم ، إذ قـــد يخطئ فى التوزيع ، فيسأل عن هذا الخطأ .

(ب) البيع فى مواجهة الحائز :

قد يكون البيع فى مواجهة الحائز ، إذا كان الأخير لم يختر دفع الديون ولا تخلية العقار ولا تطهيره ، إذ يصبح البيع بالمزاد أمـــرا لازما .

ويكون البيع فى مواجهة الحائز أيضا إذا عمد الحائز إلى تطهير العقار وعرض على الدائنين المقيدين ما قدره قيمة لـــه ، فـــرفض الدائنون المقيدون ما عرضه الحائز . وباعوا العقار جبرا بـــالمزاد العلنى .

فإذا بيع العقار ورسى المزاد على أحد المشترين ، فـــإن حـــق الراهن على هذا العقار ينقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن . ويفضل الراسى عليه المزاد الأمر الأول كمـــا رأينـــا سلفا[١] .

(ج) البيع فى مواجهة الحارس :

يكون البيع فى مواجهة الحارس إذا كان العقار فى يد حائز له ، ولم يشأ الحائز تفادى إجراءات البيع بالمزاد ، بدفع الدين أو تطهير العقار ، أو مواجهة إجراءات بيع العقار بالمزاد ، فيقـــوم بتخليـــة العقار وتعيين حارسا عليه يباع العقار فى مواجهته .

---

(١) السنهورى ص ٥٠٠ ومابعدها .

والوضع هنا كالحالتين السابقتين ، ينقضى الرهن بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد خزانة المحكمة أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن [١].

ولا يترتب على بيع العقار بالمزاد على هذا النحو تطهير العقار من الرهون الرسمية فحسب . بل يتطهر العقار أيضا من كل الحقوق الأخرى المقيدة عليه ، وهى حقوق الاختصاص والرهون الحيازية وحقوق الامتياز الخاصة العقارية .

ويلاحظ أن العقار لا يتحرر ، نتيجة بيعه بيعا جبريا ، إلا من الحقوق التى يدخل أصحابها فى الإجراءات ، ويعتبر الدائن داخلا فى إجراءات التنفيذ ، إذا كان هو الذى باشرها ، أو أن يعلن بإيداع قائمة شروط البيع ويخبر بجلسته طبقا لما يقضى به قانون المرافعات إذا كان مباشر التنفيذ غيره[٢] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وينقضى كذلك بالبيع الجبرى ، ويتطهر العقار بإيداع الثمن خزينة المحكمة أو بدفعه للدائنين " [٣].

---

(١) السنهورى ص ٥٠١ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٧٤ بعدها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٥٠ .

(الباب الثانى)
حق الاختصاص
الفصل الأول
إنشاء حق الاختصاص
مـادة (١٠٨٥)

١- يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين أن يحصل متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الـدين والفوائـد والمصروفات .

٢- ولايجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة .

الشـرح

٢٦٣- تعريف حق الاختصاص :

حق الاختصاص **droit d' affectation** هو حق عينى تبعـى يتقرر بأمر من رئيس المحكمة لصالح دائن محكوم له بدينه ، على عقار أو أكثر من عقارات مدينه ، ويخوله مزيتى التقدم والتتبع فيما يتعلق بتلك العقارات[١] .

---

(١) سليمان مرقس ص ٢٩٨ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٥ .

فهو كالرهن الرسمى حق عينى تبعى ، فهو من التأمينات العينية ، وهو مثله أيضا حق عقارى لا يتقرر إلا على العقارات ، وهو مثله أخيرا من حيث الأثر إذ يخول صاحبه مزيتى التقدم والتتبع بالنسبة للعقار المقرر عليه الحق . إلا أنه يفترق عن الرهن الرسمى من حيث مصدره ، فعلى حين يتقرر الرهن عن طريق العقد ، فإن حق الاختصاص ينشأ بأمر من رئيس المحكمة بناء على طلب الدائن الذى يكون بيده حكم يلزم المدين بالدين .

ويعتبر حق الاختصاص كحق الرهن ، حقا تبعيا يدور مع الحق الأصلى وجودا وعدما . فإذا كان الدين الذى أخذ الاختصاص تأمينا له قد نشأ نتيجة غش ، فإن هذا الغش متى تثبت يبطل الدين ويبطل الاختصاص أيضا .

ويعتبر أخذ الدائن اختصاصا على عقارات مدينه نوعا من الإجراءات التحفظية التى يلجأ إليها الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر ضد مدينه . إذ هو بذلك يتفادى خطر تصرف المدين فى عقاراته ، فهو عن طريق حق الاختصاص يستطيع تتبع تلك العقارات رغم تصرف مدينه فيها ، وذلك يغنيه عن الطعن فى تلك التصرفات عن طريق الدعوى البوليصية ، ويعفيه من إثبات غش المدين ، الأمر الذى يكون متعذرا فى كثير من الأحيان .

ومن هذا يبدو أن حق الاختصاص فيه ضمان لتنفيذ الأحكام

القضائية إذ هو يضمن للدائن الذى ثبت حقه بحكم قضائى ، أن ينفذ هذا الحكم فى أموال المدين رغم تصرفه فيها ومن ناحية أخرى يبدو أن حق الاختصاص من شأنه تفضيل دائن عادى على غيره من الدائنين ، دون أن يكون لهذه الأفضلية من سبب سوى مسارعة هذا الدائن إلى الحصول على حكم من القضاء بدينه ، ودون أن يكون لهذه الأفضلية سند من إرادة الطرفين كما هو الحال فى الرهن الرسمى مثلا ، أو من صفة الدين كما هو الحال فى حق الامتياز [١].

٢٦٤- الدائن الذى يتقرر له الاختصاص :

يتقرر حق الاختصاص للدائن الذى بيده حكم ، فهو لا يتقرر بمقتضى السند المثبت للدين ولو كان رسميا .

ويقصد بالحكم هنا معناه الدقيق ، أى قرار صادر من إحدى المحاكم المشكلة تشكيلا صحيحا بناء على سلطتها القضائية فى نزاع معروض أمامها . فلا يترتب حق الاختصاص بمقتضى الأوامر التى تصدرها المحاكم بناء على سلطتها الولائية [٢].

ويشترط فى الدائن طالب الاختصاص أن يكون حسن النية .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٥ ومابعدها - توفيق حسن فرج ص ٢٠١ ومابعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٨٥ ومابعدها .

والمقصود بحسن نية الدائن أن يكون جاهلا تعلق حق الغير بعقارات المدين التي يريد أن يأخذ عليها اختصاصا ، حتى ولو كان حق هذا الغير لم يصبح بعد نافذا فى مواجهة الغير لعدم شهره ؛ فلو تصرف المدين فى عقار له بالبيع مثلا ، ولم يسجل هذا التصرف ، فإن علم الدائن به يجعله سئ النية لا يستطيع أن يحتج بحقه قبل المتصرف إليه حتى لو قيد حقه قبل تسجيل هذا التصرف . وكذلك إذا أخذ الدائن اختصاصا على عقار وهو يعلم أن المدين قد رهنه إلى آخر ، كانت الأفضلية للدائن المرتهن ولو قيد رهنه بعد قيد حق الاختصاص [١].

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويشترط لأخذ حق الاختصاص أن يكون الدائن حسن النية ، فلو باع المدين عقارا له ، ثم أخذ الدائن حق اختصاص على هذا العقار وهو عالم ببيعه ، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع ، فإن هذا الحق لاينفذ فى حق المشترى (نقض ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ٢٣١) [٢] ".

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٦٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٦٤ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- (أ)- " لايجوز لصاحب اختصاص الاحتجاج بسبق تسجيل اختصاصه إلا إذا كان حسن النية كما هو مقتضى المادة ٢٧٠ من القانون المدنى " .

(ب)- " إن نصوص القانونين المدنى والمرافعات المتعلقة باختصاص الدائن بعقارات مدينه لحصوله على دينه فيها إشارات كافية توجب على طالب الاختصاص أن يكون حسن النية صادقا فيما يجب ذكره من البيانات خاصا به هو ومدينه ودينه وعقارات مدينه وقيمتها ، حتى يكون رئيس المحكمة على بينة فيأمر بالاختصاص أو يرفضه ويكون له هو أن يعارض فى الأمر ويختصم مدينه . فالدائن الذى أخفى عن رئيس المحكمة أن بعض العقار الذى راد الاختصاص به قد باعه مدينه من قبل بعقد عرفى ثابت تاريخه رسميا قبل قانون التسجيل وقبل نشوء حقه فى الدين ، وذكر فى عريضته أن هذا العقار هو ملك مدينه ولايزال على ملكه فصدر له أمر الاختصاص وما كان ليصدر لو صدق وذكر عن أوصاف العقار ما يجب عليه ذكره صدقا – هذا الدائن يعتبر أنه قد عمل عملا إيجابيا منطويا على سوء النية بجعل الاختصاص الذى صدر له منطويا على سوء النية فلا يمكن اعتباره سندا ثابتا صحيحا ولا اعتبار تسجيله مفيدا لحكمه قانونا فى حق المشترين من المدين " .

(طعن رقم ١٠ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/٥/٢١)

٢- " لايجوز لمن حصل على اختصاصه بعقار لمدينه أن يتمسك بسبق تسجيل اختصاصه إلا إذا كان حسن النية كما هو مقتضى المادة ٢٧٠ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/١١/١٠)

٣- " شرط حسن النية الوارد فى المادة ١٠٨٥ مدنى ، إنما يعنى كما يبين من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، حسن نية الدائن بالنسبة للتصرفات السابقة على الاختصاص والتى لم تسجل طبقا لأحكام الشهر العقارى " .

(طعن رقم ٢٦٤ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٤)

٢٦٥- الشروط الواجب توافرها فى الحكم الذى يتقرر الاختصاص بمقتضاه :

يشترط فى الحكم الذى يتقرر الاختصاص بمقتضاه توافر الشروط الآتية :

١- أن يكون الحكم قضائيا :

لا يتقرر حق الاختصاص إلا بناء على حكم قضائى ، أى قرار صادر من جهة ذات ولاية قضائية وبموجب مالها من ولاية قضائية فى نزاع مطروح أمامها .

ولايعد حكما قضائيا ما تصدره المحاكم من أوامر ولائية كالأوامر على العرائض .

وينبنى على ذلك أيضا أنه لايجوز للدائن الحصول علـــى حـــق الاختصاص إذا كان دينه غير ثابت بالكتابة أو كان واردا فى ورقة عرفية أو رسمية .

وحق الدائن الثابت فى عقد رسمى وإن كـــان يجـــوز التنفيـــذ بمقتضاه دون حاجة للالتجاء إلى القضاء والحصول على حكم ، إلا أنه لايمكن الحصول بموجبه على حـــق الاختصـــاص ، رغـــم أن الاختصاص يعتبر من الإجراءات التحفظية التى يقصد بها ضـــمان تنفيذ حق الدائن . والحكمة فى ذلك أن الحق الثابـــت فـــى ورقـــة رسمية لا يرقى من حيث الضمانات إلى مستوى الحق الذى كـــان محل بحث أمام القضاء وصدر به حكم من القاضى[1] .

ومتى كان الحكم قضائيا فلا يهم نوع المحكمة الصادر منهـــا ، مدنية أو أحوال شخصية أو تجارية أو جنائية كما لو كـــان الحكـــم الجنائى قاضيا بتعويض .

٢- أن يكون الحكم صادرا فى موضوع الدعوى ويلزم المدين بشئ معين :

واشتراط أن يكون الحكم صادرا فى موضوع الـــدعوى يـــؤدى إلى استبعاد جميع الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع والتى

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٦١ ومابعدها - محمد على إمـــام ص ٤٢٥ ومابعدها .

تتعلق بسير الدعوى كالأحكام التمهيدية بندب خبير أو الإحالة إلـى التحقيق أو الصادر برفض الدفع وكذلك الأحكام الصادرة بـرفض الدعوى ، إلا إذا حكم بإلزام من خسر الدعوى بالمصروفات فيحنئذ يجوز أخذ اختصاص ضمانا للوفاء بها .

غير أنه لايجب أن يكون الحكم الصادر فى موضوع الـدعوى قطيعا دائما ، فهناك أحكام وقتية صادرة فى الموضوع ، ومن ثـم يجوز أخذ اختصاص بمقتضاها .

ومثل ذلك الحكم الصادر بإلزام المدعى عليه بنفقة مؤقتة .

ولا يكفى أن يكون الحكم قد صدر فى موضوع الدعوى ، بـل يجب أن يلزم المدين بشئ .

والمقصود بالشئ هنا هو الأداء ، والأداء قد يكون دفع مبلغ من النقود وقد يكون القيام بعمل أو الامتناع عنه . فإن كان الأداء مبلغا من النقود جاز أخذ الاختصاص بمقتضاه ولو لم يكن هـذا المبلـغ معينا وإن كان بعمل أو بامتناع جـاز أخـذ اختصـاص لضـمان التعويض الناشئ على إخلال المدين بعد تقدير هذا التعويض بصفة مؤقتة(١) .

ولما كان الحكم الصادر بتقديم حساب يعتبر ملزما المدين بالقيام

---

(١) أحمد سلامه ص ٣٣٦ ومابعدها - عبد الفتاح عبـد البـاقى ص ٤٤٨ ومابعدها .

بعمل فيجوز أخذ اختصاص بمقتضاه . وفى هذه الحالة يضمن الاختصاص التعويض الذى يحكم به من جراء عدم تقديم الحساب ولكن الاختصاص لا يضمن ناتج الحساب ولا مناص من أن ينتظر الدائن تصفية الحساب واستصدار حكم بإلزام المدين بدفع الناتج ثم أخذ اختصاص بمقتضى هذا الحكم (١).

إلا أنه يستوى أن يكون الحكم مدنيا أو تجاريا أو جنائيا ، كما إذا كان الأخير صادرا بالتعويض .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يؤخذ حق الاختصاص بمقتضى حكم موضوعى ملزم بشئ معين ، فخرجت الأحكام التحضيرية والتمهيدية ، والأحكام الموضوعية غير الملزمة بشئ معين ، كالحكم برفض الدعوى . ويستوى فى ذلك أن يكون الحكم نهائياً أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيابياً . وإذا أخذ حق الاختصاص بمقتضى حكم غيابى ، سقط بسقوط هذا الحكم ، أى بمضى ستة أشهر من تاريخ صدوره دون أن ينفذ . ويجوز أخذ حق اختصاص بمقتضى حكم صادر من محكمة أجنبية إذا وضع عليه أمر التنفيذ (exequatur) كما يجوز أخذه بمقتضى قرار صادر من المحكمين متى وضع على الق...

---

(١) أحمد سلامه ص ٢٣٨ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٢٦٨ – سليمان مرقس ص ٣١٤ – محمد كامل مرسى ص ٢٧٦ .

أمر التنفيذ من المحكمة. والاختصاص المأخوذ بناء على حكم ملزم بتقديم حساب يضمن التعويض المستحق بسبب عدم تنفيذ الحكم ، لا ما عسى أن يظهر فى ذمة المدين من رصيد الحساب "[١] .

٣- أن يكون الحكم واجب التنفيذ :

وهو يكون كذلك إذا أصبح نهائيا أو كان مشمولا بالنفاذ المعجل.

ويكون الحكم المدنى نهائيا إذا كان لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف إما لفوات ميعاده أو لاستنفاده .

ويكون الحكم الجنائى نهائيا إذا كان باتا أى لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية المعارضة والاستئناف أو بطريق الطعن بالنقض وهو طريق غير عادى .

ولم يكن هذا الشرط واردا سواء فى القانون الملغى أو المشروع التمهيدى . وإنما أضيفت عبارة " واجب التنفيذ " بعد عبارة " يجوز لكل دائن بيده حكم " فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ **وجاء بتقرير اللجنة ما يأتى :**

" أضافت اللجنة عبارة " واجب التنفيذ " بعد كلمة " حكم " فى الفقرة الأولى من هذه المادة حتى تقصر حق الاختصاص على الدائن الذى يكون بيده حكم قابل للتنفيذ ، وبهذا لا يكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيما بينهم بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى بل تكون الأفضلية معقودة للدائن الذى يملك التنفيذ .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٦٣ .

ويكون حق الاختصاص بمثابة ضمان للدائن فى استيفاء دينه وأداء تيسير بالنسبة إلى المدين ، لأن من يحصل على حق الاختصاص قد يرتضى إرجاء التنفيذ مادام قد أمن بالاختصاص على حقه .... الخ "(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص المادة ١٠٨٥ من القانون المدنى أنه يجب أن يكون الحكم الذى يستصدر به الاختصاص واجب التنفيذ عند استصدار الأمر بالاختصاص ومن ثم فإنه إذا كان الحكم أو أمر الأداء الذى صدر على أساسه الأمر بالاختصاص لم يكن مشمولا بالنفاذ عند استصدار هذا الأمر فإن الاختصاص يكون قد وقع باطلا لفقدان شرط الحكم واجب التنفيذ ولا يصححه القضاء بعد ذلك بشمول الحكم أو أمر الأداء بالتنفيذ ".

(طعن رقم ٢٦٤ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٤)

٢- " مفاد نص الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٤٦ والمادة ٤٩ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بشأن المحاماة أمام المحاكم- الذى يحكم واقعة النزاع - والمادة ١٠٨٥ من القانون المدنى ، أنه يشترط لكى يحصل المحامى على أمر باختصاصه بعقارات من صدر ضده أمر التقدير أن يكون هذا الأمر واجب التنفيذ أسوة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٥٧ ، ١٦٠ .

بالحكم الذى يصدر فى الطعن فى أمر التقدير أو محضر الصلح المصدق عليه ".

(طعن رقم ١٩١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١١/١٠)

٢٦٦ـ يجب أخذ حق الاختصاص قبل وفاة المدين :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " ولايجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة " .

فهذا النص منع الدائن من أخذ اختصاص على مال مدينه المتوفى بالرغم من استيفائه جميع الشروط لأخذه وقد استهدف المشرع بهذا المنع توفير المساواة بين دائنى التركة ، ففيما يتعلق بمزية التقدم قصد المشرع عدم تمييز أحد من دائنى المتوفى على غيره بسبب لاحق لوفاة المدين تحقيقا للمساواة بينهم وحرصا على الحالة التى انتقلت بها حقوقهم من ذمة المتوفى إلى أمواله ، فأصبح السماح للدائنين بأخذ اختصاص بعد وفاة المدين يتعارض مع قصد المشرع .

وفيما يتعلق بمزية التتبع التى يمكن أن يدرأ بها الدائن الحاصل على اختصاص خطر التصرف فى أموال المدين . فإن هذا الخطر من جانب المدين ذاته قد انعدم بوفاته ، ومن جانب وارثه قد ارتفع أولا بالنص الذى يمنع الوارث من التصرف قبل تسلمه شهادة التوريث ، وهى لاتسلم له إلا بعد وفاء جميع الديون (م٨٨٤) .

وثانيا بنص قانون تنظيم الشهر العقــارى الــذى يمنــع شــهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق آيل إليه بطريــق الإرث قبــل شهر حق الإرث (م١٣ شهر عقارى) [١] .

ويذهب الرأى الغالب إلــى أن المنــع مقصــور علــى أخــذ الاختصاص بعد وفاة المدين ، ولا يتعداه إلى قيد الاختصاص الذى سبق أن حصل عليه الدائن قبل وفاة المدين ، إذ أن هذا الاختصاص يجوز قيده بعد الوفاة . وذلك لأن الغرض من الحظر المذكور منــع إنشاء سبب جديد للتقدم بعد وفاة المدين . أما فى حالتنا فسبب التقدم هو صدور الأمر بالاختصاص يكون قد وجد قبل الوفاة وليس القيد إلا طريقة لشهره وجعله نافذا فى حق الغير . هذا فوق أن الــنص الوارد بالحظر نص استثنائى يجب تفسيره بدقه ولايجــوز التوســع فيه[٢].

٢٦٧- أثر إعسار المدين :

تنص المادة ٢٥٦ من التقنين المدنى على أنــه : " لايجــوز أن يحتج على أحد الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تســجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المــدين

---

(١) سليمان مرقس ص ٣١٩ .

(٢) سليمان مرقس ص ١١٩ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٩٦ ومابعدها– السنهورى ص ٥٣٨ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٧١ .

بعد هذا التسجيل " . وبهذا النص أراد المشرع أن يكفل المساواة بين الدائنين فى نظام الإعسار المدنى .

ويلاحظ أن النص لم يمنع أخذ الاختصاص فى حالة الإعسار كما منعه فى حالة وفاة المدين ، وإنما جعله عديم الأثر بالنسبة إلى الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

غير أن مصلحة الدائن فى بقاء الاختصاص رغم ذلك فى حالة انتهاء الإعسار بأى سبب من الأسباب . فإذا استجد عندئذ دائنون آخرون للمدين كان حق الاختصاص نافذا فى مواجهتهم لأنهم لاحقون له .

والحكم الوارد فى هذه المادة ينصرف إلى الاختصاص الذى يستصدر الدائن به أمرا بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، وهو مقرر كما ذكرنا تحقيقا لمبدأ المساواة بين دائنى المدين العاديين . أما إذا صدر أمر القاضى بتوقيع الاختصاص فى تاريخ سابق لتسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فالراجح أن الاختصاص يجوز أن ينفذ فى حق الدائنين العاديين متى أجرى الدائن قيده ولو تم فى تاريخ لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٧١ ومابعدها .

مـــادة (١٠٨٦)

لايجوز الحصول على حكم اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ، أو على قرار صادر من محكمـــين إلا إذا أصـــبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ .

الشـــرح

٢٦٨- شرط الحصـول علـى الاختصاص بموجب الحكـم الأجنبى :

إذا استوفى الحكم الصادر من محكمة أجنبية الشروط التى يجب توافرها فى الحكم على النحو الذى أوضحناه فى شرح المادة السابقة ، فإنه رغم ذلك لايجوز الحصول على حكم اختصاص بناء عليـــه إلا إذا أصبح الحكم واجب التنفيذ أى موضوعا عليه أمر التنفيذ وفـــق الطريق الذى رسمه قانون المرافعات فى المـــواد (٢٩٦- ٢٩٨). وهذه المواد تقضى بما يأتى :

١- الأحكام والأوامر الصادرة من بلد أجنبـــى يجـــوز الأمـــر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكـــام والأوامر المصرية (م٢٩٦) .

٢- يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التى يـــراد التنفيذ فى دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى (م٢٩٧).

٣- لايجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتى :

(أ) – أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التى صدر فيها الحكم (أو الأمر) وأن المحاكم الأجنبية التى أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائى الدولى المقررة فى قانونها .

(ب) أن الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا .

(ح) أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضى طبقا لقانون المحكمة التى أصدرته .

(د) أن الحكم أو الأمر لايتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها (م٢٩٨) .

٢٦٩ـ شروط الحصول على الاختصاص بموجب قرار صادر من محكمين :

يجوز الحصول على حق الاختصاص بموجب قرار صادر من محكمين ، بشرط أن يكون هذا القرار أصبح واجب التنفيذ . وينظم تنفيذ قرارات التحكيم الآن القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (المعدل) بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

وتنص المادة (٥٥) من هذا القانون على أن تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضى وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون .

وتنص المادة (٥٦) على أن يختص رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من القانون أو من يندبه من قضائها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ، ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقا به ما يلى :

١- أصل الحكم أو صورة موقعة منه .

٢- صورة من اتفاق التحكيم .

٣- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم ، إذا لم يكن صادرا بها .

٤- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقا للمادة (٤٧) من هذا القانون .

والمحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من القانون هى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع . أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا فتكون المحكمة المختصة محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

وتنص المادة ٥٧ على أنه : " لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم . ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعى ذلك فى صحيفة الدعوى ، وكان الطلب مبنيا على أسباب جدية وعلى المحكمة الفصل فى طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوما من تاريخ أول جلسة محددة لنظره ، وإذا أمرت بوقف التنفيذ ، جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالى،

وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ ، الفصل فى دعوى البطلان خلال ستة أشهر تاريخ صدور هذا الأمر .

وتنص المادة ٥٨ على أنه :

"١- لايقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى .

٢- لايجوز الأمر بتنفيذ حكم المحكمين وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتى :

(أ) أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى موضوع النزاع .

(ب) أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية .

(ج) أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلانا صحيحا[1] .

---

(١) وتتضمن المادة بندا برقم (ثالثا) يقضى بأنه :
ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم . أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقا لحكم المادة (٩) من هذا القانون، خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره.
وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٦ يناير سنة ٢٠٠١ فى القضية رقم ٩٢ لسنة ٢١ قضائية " دستورية " بعدم دستورية هذا البند فيما نص عليه من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد ٣ فى ٢٠٠١/١/١٨.

مــادة (١٠٨٧)

يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا تم بين الخصوم . ولكن لايجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع .

الشـــرح

٢٧٠- الحصول على حق الاختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا :

يجوز الحصول على حق الاختصاص بموجب حكم يثبت صلحا بين الخصوم وفق المادة ١٠١ من قانون المرافعات ، وكذلك بناء على حكم يثبت اتفاقا بين الخصوم ، كالحكم بإثبات قسمة اتفق عليها الشركاء وديا . وقد حسم المشرع بهذا خلافا ثار فى ظل القانون الملغى باعتبار أن الحكم الذى يثبت صلحا أو اتفاقا تم بين الخصوم يتراوح بين الحكم والسند الرسمى ، والقانون يجعله فى قوة السند الرسمى .

وقد تأثر المشرع فيما نص عليه بالاعتبارات العملية ، مراعيا أن النزاع كان معروضا أمام القضاء فلا داعى للرجوع إليه بشأنه من جديد[١] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٨٦ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولا يؤخذ حق الاختصاص بناء على سند ولو كان رسميا ، أما الحكم الذى يثبت صلحاً فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمى . ولذلك كان الحق فى أخذ اختصاص بمقتضاه محلا للنظر ، فقطع المشروع الشك فى هذه المسألة وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه مجارياً فى ذلك القضاء المصرى "(١).

٢٧١- لايجوز الحصول على اختصاص بموجب حكم صادر بصحة التوقيع :

لايجوز الحصول على اختصاص بموجب حكم صادر بصحة التوقيع ، لأنه يشترط لأخذ حق الاختصاص أن يكون بناء على حكم ملزم للمدين بشئ يجب عليه وفاؤه . وأثر الحكم الصادر بإثبات صحة التوقيع مقصور على إثبات صحة التوقيع ، لأنه لايمس موضوع العقد ولا يتعرض لصحته ونفاذه وإنما هو يقضى فى صحة صدور المحرر ممن تذيل بتوقيعه (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولا يجوز أخذ اختصاص بناء على حكم يثبت إقراراً بصحة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٩ ص ١٦٣ .

(٢) هام محمد زهران ص ٥٥٦ .

التوقيع أو على حكم صادر فى دعوى تحقيق الخطوط الأصــلية ، وإلا استطاع كل دائن أن يحصل على اختصاص قبل حلول الــدين بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم "(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٦٣ .

مـــادة (١٠٨٨)

لايجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينـــة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى .

الشـــرح

٢٧٢ـ ورود الاختصاص على عقار أو أكثر :

لايجوز تقرير حق الاختصاص إلا على عقـــار أو أكثـــر مـــن العقارات بطبيعتها المملوكة للمدين بما يستبعد كافة الأموال المنقولة التى يمتلكها المدين . وشأن الاختصاص فى ذلـــك شـــأن الـــرهن الرسمى تماما .

وإذا ورد حق الاختصاص على عقار معـــين ، فإنـــه يشـــمل ملحقاته التى تعتبر عقـــارا أو علـــى الأخـــص حقـــوق الارتفـــاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود منفعتهـــا على المالك . كما أنه يترتب على تسجيل تنبيه نـــزع الملكيـــة أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمـــن العقـــار . وتطبق فى هذا الشأن كذلك الأحكام المقـــررة فـــى بـــاب الـــرهن الرسمى[١].

---

(١) محمد على إمام ص ٤٢١ ومابعدها .

٢٧٣- يجب أن يكون العقار معينا :

استلزم النص أن يرد الاختصاص على عقار أوعقارات معينة . وهذا هو مبدأ التخصيص . فشأن حق الاختصاص شأن حق الرهن الرسمى يلزم فيه التخصيص بمعنى أن يعين العقار محل الضمان تعيينا كافيا ويحدد الدين المضمون . ويجب أن يتوافر هذا التخصيص عند قيام الحق أى فى العريضة التى يقدمها الدائن إلى رئيس المحكمة للحصول على حق الاختصاص - كما سنرى- وكذلك عند قيد حق الاختصاص فيعين العقار محل الحق تعيينا كافيا فى قائمة القيد (م١٠٩٥) .

٢٧٤- يجب أن يكون العقار مملوكا للمدين :

تنص المادة على أنه لايجوز أخذ حق الاختصاص إلا على **عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد الحق .**

وعلى ذلك يجب أن يكون العقار مملوكا للمدين فإذا صدر الأمر بالاختصاص على عقار لا يملكه المدين فإنه يكون باطلا ، ويبطل ما تم من قيد بناء عليه . ولا يمكن أن يؤثر مثل هذا الاختصاص فى حق المالك الحقيقى .

وعلى ذلك لايجوز للدائن أن يطلب تقرير حق اختصاص على عقار اشتراه مدينه مادام البيع لم يسجل بعد .

ويجب أن تكون الملكية قائمة فعلا عند صدور الأمر بالاختصاص ، فالاختصاص الوارد على عقار مستقبل باطل كما هو الحال إذا تقرر على عقار سوف يملكه المدين من طريق الشراء(١). فكان تقرير اختصاص على ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا ولا يصححه أيلولة ملكيته فى المستقبل إلى المدين .

ويجب أن تكون ملكية المدين للعقار قائمة عند صدور الأمر بالاختصاص وأن تستمر كذلك إلى وقت القيد(٢) ، على عكس ما قد يوحى إليه ظاهر النص من وجوب توافر ملكيتها للمدين وقت القيد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مناط صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكا للمدين وقت صدوره فلا يجوز أن يكون محله ما قد يؤول إلى المدين مستقبلا ، ولا يغير من هذا النظر أن تكون ملكية العقار قد آلت إلى المدين وقت القيد ..

وإذن فمتى كان الدائن إذ حصل على حق اختصاص على عقار وسجله لم يكن هذا العقار مملوكا لمدينه وعند تجديد قيد

---

(١) محمد على إمام ص ٤٢٠ – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٤٥٧ .

(٢) أحمد سلامه ص ٣٤٣ – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٤٥٧ – سليمان مرقس ص ٣٢٥ ومابعدها .

الاختصاص كانت ملكية العقار قد آلت إلى المدين عن طريق الميراث ثم باع المدين العقار إلى آخر فإن ملكية العقار تكون قد انتقلت إلى المشترى غير محملة بحق الاختصاص الذى وقع باطلا لصدوره على عقار لم يكن مملوكا للمدين " .

(طعن رقم ٣١٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٣)

٢٧٥- يجب أن يكون العقار جائزا بيعه بالمزاد العلنى :

يجب أن يكون العقار الذى يرد عليه حق الاختصاص جائزا بيعه بالمزاد العلنى ونصت المادة (٢/١٠٣٥) على هذا الشرط أيضا بالنسبة للعقار التى يرد عليه حق الرهن الرسمى .

فلا يجوز أخذ اختصاص على عقار موقوف ولا على حق استعمال أو حق سكنى فى غير الحالات الاستثنائية التى يجوز فيها التصرف فى هذا الحق .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن هذا النص فى محله ذلك أنه متى كانت العين موقوفة وانتهى فيها الوقف وآلت ملكيتها إلى من عساه يكون صاحب الحق فيها طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٥٢ فإنها تظل بمنأى عن التنفيذ عليها وفاء للديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون ولايجوز بالتالى لأرباب هذه الديون أن يستصدروا ضد من آلت إليه ملكيته هذا العين أمرا

باختصاصهم بها إذ نصت المادة الخامسة مكررا التى أضيفت إلى المرسوم بقانون المذكور بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ على أنه " لايجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على ما ينتهى فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية أعيانه طبقا للمواد السابقة وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون .... " ومؤدى ذلك أن الشارع- على ما يبين من المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ قصد استمرار الحماية التى أسبغها القانون فيما نص على المستحقين فى الأوقاف بالنسبة إلى أعيان الوقف فحظر على الدائنين السابقة ديونهم على إلغاء الوقف بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذه الأعيان حتى لا ينقلب هذا التشريع أداة إضرار بمن آلت إليهم ملكيتها ووسيلة لتمكين دائنيهم منهم بتخويلهم حقوقا لم تكن لهم من قبل وأنه وإن كان حق اختصاص الدائن بعقار مدينه ليس من إجراءات التنفيذ إلا أن هذا الحق وقد شرع ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات وخول به صاحبه بأن ينفذ على العقار ويطلب بيعه وفقا للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات للبيوع الجبرية وأن يتتبع العقار فى يد حائزه وأن يستوفى حقوقه متقدما على الدائنين العاديين من ثمن هذا العقار أو من المال الذى حل محله فإن حق الاختصاص يصبح وثيق الصلة بإجراءات التنفيذ

فلا تقوم لهذا الحق قائمة إلا حيث يجوز اتخاذ هذه الإجراءات بالنسبة للعقار الذى يراد الاختصاص به ومن ثم فإن مالا يجوز التنفيذ عليه من العقارات لايجوز بالتالى أن يكون محلا لحق الاختصاص وهذا هو ما قصدت إليه المادة ١٠٨٨ من القانون المدنى فيما نصت عليه من أنه " لايجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى " .

(طعن رقم ١١٨ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠)

٢٧٦- جواز أخذ حق الاختصاص على أرض المدين ولو لم تزد على خمسة أفدنة :

القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية فى حدود خمسة أفدنة لا يمنع الدائن من أخذ اختصاص على أطيان مدينه الذى لا يملك أكثر من خمسة أفدنة ، وإنما يحول فقط دون الحجز عليها ومباشرة نزع ملكيتها طالما بقى المدين محتفظا بها وليس لديه غيرها . أما إذا تصرف فيها المدين إلى آخر فتنتقل ملكيتها إلى المتصرف إليه محملة بحق الاختصاص ويجوز نزعها منه إذا كان يملك خمسة أفدنة غيرها . وإذا لم يتصرف فيها المدين ولكن استجدت له عقارات تجعل مجموع ملكه يجاوز خمسة أفدنة ، فيجوز نزع ملكية الأطيان المأخوذ عليها الاختصاص كلها

أو بعضها بشرط إبقاء خمسة أفدنة للمدين ويكون الدائن الحاصل على هذا الحق مقدما فى ثمنها على غيره من الدائنين [١].

وإذا كان العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلنى حاز الحصول على حق اختصاص أيا كان نوعه فقد يكون عقارا بطبيعته كالأراضى والمناجم والمحاجر أو حائزا لصفة الاستقرار بصنع صانع كالمبانى على اختلاف أنواعها .

ويلاحظ بالنسبة للمبانى أن حق الاختصاص يرد عليها ولو كانت مملوكة لغير مالك الأرض ، فيقع عليها فى هذه الحالة

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٢٨ ومابعدها السنهورى ص ٥٤٧ ومابعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٤٥٩ - وكانت المادة (١٥١٤) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٠٨٨) تنص فى فقرتها الثانية على أن : " ومع ذلك يجوز الحصول على حق اختصاص على أرض المدين ، حتى لو لم تزد على خمسة أفدنة ، على أن يراعى فى التنفيذ عليها الشروط المقررة فى القانون " .

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أنه يجوز أخذ اختصاص على خمسة أفدنة ، وتظهر فائدته فى حالتين : إذا انتقلت ملكية الأرض من المدين إلى حائز فيتتبعها الدائن ، وإذا زادمال المدين على خمسة أفدنة فيجوز عندئذ التنفيذ على الأرض ".

وفى لجنة القانون المدنى رؤى حذف هذه الفقرة لأن ملكية المدين لخمسة أفدنة فأقل لا تمنع من رهنها ، فحق الاختصاص يأخذ هذا الحكم دون حاجة إلى نص " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٦٥ ، ١٦٦) .

محدودا بحقوق مالكها ويبقى ما بقيت ملكيته . وإذا انتهت الملكية المؤقتة المقررة لمن أقام هذه المباني انتهى الاختصاص ، ولا يكون للدائن إلا حق التقدم على ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني أو مبلغ التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا تملكها بالالتصاق . كذلك ملكية الرقبة أو حق الانتفاع المقرر على عقار جائز بيعه بالمزاد العلنى ويصح أن يكون محلا لحق الاختصاص[1] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المشترى بعقود عرفية ثابتة التاريخ إذا تملك ما اشتراه بوضع يده المدة الطويلة المكسبة وحدها للملك فلا يحتج عليه من صاحب الاختصاص المسجل المأخوذ على العقار المشترى باعتباره مملوكا لأحد ورثة البائع . فإذا عولت محكمة الموضوع على ما ثبت لديها من أن المشترين بعقود عرفية ثابتة التاريخ من المورث قد ملكوا ما اشتروه بوضع اليد المكسب للملكية بالمدة الطويلة واستغنت بهذا عن البحث فى أمر تسجيل الاختصاص الذى أخذ ضد أحد ورثة البائع والمفاضلة بينه وبين العقود العرفية وفقا لمواد التسجيل القديمة فإنها لا تكون قد خالفت القانون فى ذلك " .

(طعن رقم ١٢ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/٣)

---

(١) محمد على إمام ص ٤٢٠ .

٢- " إن الشارع إنما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد . فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفى ينسحب بتحققه أثر العقد إلى يوم تاريخه ، ولذلك لا يعتبر المشترى مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه . فإذا حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده إذا أن الاختصاص يكون فى هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين ".

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٢/٩)

٣- " مناط صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكا للمدين . وإذن فمتى كان الدائن قد قيد اختصاصه بعد أن باع المدين العقار وسجل المشترى عقده فإن الاختصاص المذكور يكون قد وقع باطلا لحصوله بعد انتقال ملكية العقار للمتصرف إليه " .

(طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٢/١٠)

مــادة (١٠٨٩)

١- على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينــه أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فــى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها .

٢- هذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكــم ، وأن تشتمل على البيانات الآتية :

(أ) اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصــلى والمــوطن المختار الذى يعينه فى البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة .

(ب) اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه .

(ج) تاريخ الحكم وبيان المحكمة التى أصدرته .

(د) مقدار الدين ، فإذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار ، تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتا وعين المبلــغ الــذى يؤخذ به حق الاختصاص .

(هــ) تعيين العقارات تعيينا دقيقا وبيان موقعهــا مــع تقــديم الأوراق الدالة على قيمتها .

الشــرح

٢٧٧- طلب استصدار الأمر بالاختصاص :

على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينه . أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التــى تقــع فــى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها .

فإذا تعددت العقارات فوقعت فى أكثر من دائرة . فيطلب من كل رئيس محكمة ابتدائية أن يصدر الأمر بالاختصاص بالنسبة للعقار الذى يقع فى دائرة المحكمة التى يرأسها ويترتب على مخالفة ذلك عدم الاعتداد بالاختصاص(١) .

٢٧٨- بيانات العريضة والمستندات التى ترفق بها :

ذكرت المادة البيانات التى يجب أن تشتمل عليها العريضة . وكذا المستندات الواجب إرفاقها بالعريضة . فيرجع إليها بنص المادة ، ولكننا نشير بشأنها إلى ما يأتى :

١- أنه إذا كان الحكم هو السند الذى على أساسه يتقرر الاختصاص فلابد من تقديم ما يدل على صدوره ، وصورة رسمية من الحكم هو خير ما يمكن تقديمه . وكان القانون المدنى القديم يشترط ذلك ، إلا أن القانون الجديد راعى أن الحصول على صورة رسمية من الحكم قد يحتاج إلى وقت طويل بعد صدور الحكم فاكتفى من الدائن أن يقدم شهادة من قلم الكتاب يذكر فيها منطوق الحكم . وهذه يستطيع الحصول عليها فى نفس يوم صدور الحكم . وتقديم صورة رسمية للحكم أو شهادة من قلم الكتاب بمنطوقه . لايغنى الدائن من أن يذكر فى العريضة ذاتها تاريخ الحكم والمحكمة التى أصدرته(٢) .

---

(١) أحمد سلامه ص ٣٤٠ – ويلاحظ أن الأصل فى الأوامر على عرائض أن تصدر وفقا لتقنين المرافعات من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة (م ١٩٤) .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٣١- سمير عبد السيد تناغو ص ٣٥٠ .

٢- الاختصاص يضمن " أصل الدين والفوائد والمصروفات " وذلك طبقا لنفس الأحكام المقررة فى هذا الشأن فى الرهن الرسمى. ويجب أن يكون مقدار الدين محددا طبقا لمبدأ التخصيص من حيث الدين المضمون . فإذا لم يكن الدين محددا فإن رئيس المحكمة يعين مقداره بصفة مؤقتة . فلا يضمن الاختصاص أكثر من هذا المقدار فى مواجهة بقية الدائنين .

٣- كان البند (هـ) من المادة (١٥١٥) من المشروع التمهيدى المقابلة لهذه المادة توجب " تعيين العقارات تعيينا دقيقا ، جنسا ومحلا ، مع تقديم أوراق تثبت قيمة العقارات وأنها مملوكة للمدين".

إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلتها إلى الوضع الراهن ، وجاء بتقرير اللجنة أنها استعاضت عن عبارة " تعيين العقارات تعيينا دقيقا جنساً ومحلاً " بعبارة " تعيين العقارات تعيينا دقيقا وبيان موقعه " لأن التعيين الدقيق يتضمن من التفصيلات ما يتسع لما يقصد من بيان الجنس ، واستبدلت اللجنة فى الفقرة نفسها بعبارة " أوراق تثبت " عبارة " الأوراق الدالة على " إذ لا يشترط فى هذه الحالة تقديم مستندات قاطعة فى الإثبات بل يشترط تقديم أوراق تدل على القيمة ، وإن لم تكن قاطعة فى دلالتها .. "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص١٦٨ ، ص ١٧٠ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تمر إجراءات الحصول على حق الاختصاص على المراحل الآتية :

يقدم الدائن عريضة لرئيس محكمة العقار ، مصحوبة بصورة الحكم أو الشهادة من قلم الكتاب يدون فيها منطوق الحكم ، ويمكن الحصول على هذه الشهادة فى نفس اليوم الذى صدر فيه الحكم . وتشمل العريضة البيانات التى تدون عادة فى قائمة الرهن الرسمى المقدمة للقيد . ويلاحظ أنه اشترط أن يقدم الدائن أوراقا تثبت قيمة العقارات وأنها مملوكة للمدين ، حتى يتبين للقاضى قيمة العقارات وملكيتها قبل أن يثقلها بحق الاختصاص ... الخ " (١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٧٨ .

مادة (١٠٩٠)

١- يدون رئيس المحكمة فى ذيل العريضة أمره بالاختصاص .

٢- وإنما يجب عليه عند الترخيص به أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب ، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصورا على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين .

الشـــرح

٢٧٩- إصدار الأمر بالاختصاص :

ينظر رئيس المحكمة الابتدائية الطلب بمقتضى ماله من سلطة ولائية ، دون سماع مرافعة .

ويدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالاختصاص أو برفضه .

وتنص المادة ١٩٥ مرافعات الواردة بالباب العاشر فى (الأوامر على العرائض) . على أنه يجب على القاضى أن يصدر أمره بالكتابة على إحدى نسختى العريضة ، فى اليوم التالى لتقديمها على الأكثر . ولا يلزم ذكر الأسباب التى بنى عليها ، إلا إذا كان مخالفا لأمر سبق صدوره ، فعندئذ يجب ذكر الأسباب التى اقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلا .

وتنص المادة ١٩٦ على أنه يجب على قلم الكتاب تسليم الطالب النسخة الثانية من عريضته مكتوبا عليها صورة الأمر ، وذلك فـــى اليوم التالى لصدوره علـــى الأكثـــر : ويســقط الأمـــر الصـــادر بالاختصاص إذ لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ولا يمنع هذا السقوط من استصدار أمر جديد (م ٢٠٠ مرافعات) .

٢٨٠ـ مراعـاة مقـدار الـدين وقيمـة العقـارات المبينـة بالعريضة :

على رئيس المحكمة الابتدائية إذا ما قدر توافر شروط تقريــر الاختصاص أن يراعى التوازن بين قيمة الدين المراد أخذ اختصاص لضمان الوفاء به . وبين العقار أو العقارات المراد أخذ اختصاص عليها . وعند الاقتضاء له أن يجعل الاختصاص مقصـــورا علـــى بعض هذه العقارات فقط أو على جزء من إحداها بما يكفى لتـــأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائن على وجـــه التقريب ومراعاة التناسب بين الدين المحكوم به والعقـــارات التـــى يوقع عليها الاختصاص أمر وجوبى على القاضى فإذا لم يراعيـــه كان لكل ذى مصلحة - كما سنرى - أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المعقول إما بالتظلم من الأمر أو بدعوى مستقلة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويدون رئيس المحكمة الأمر بالاختصاص بعد أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقار ، ويجوز أن يقصر الأمر على جزء من العقار "(١).

٢٨١ـ قيد حق الاختصاص :

يجب شهر الأمر الصادر بالاختصاص بطريق القيد بمكتب الشهر المختص طبقا لما تقضى به المادة (٣٠) من قانون تنظيم الشهر العقارى على النحو الذى ذكرناه بالنسبة لشهر الرهن الرسمى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ٣٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى على أنه إذا كان شهر المحرر بطريق القيد وجب أن يقرن عند تقديمه لمكتب الشهر المختص بقائمة تشتمل على بيانات معينة ليس من بينها ما يفيد إعلان المدين بأمر الاختصاص فى نفس يوم صدوره وفقا لما تقضى به المادة ١٠٩١ من القانون المدنى ، مما مفاده أن إجراء القيد يتم كقاعدة عامة فى أى وقت بعد صدور الأمر بالاختصاص مادامت ملكية الغقار المتخذ عليه حق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٧٨ .

الاختصاص للمدين ، دون انتظار الإعلان بأمر الاختصاص وفقا للمادة ١٠٩١ من القانون المدنى ، إذ أن مصلحة صاحب حق الاختصاص تقتضى إجراء القيد فى أقرب وقت حتى لا يتقدم عليه فى المرتبة من يتوصل إلى قيد حقه قبله " .

(طعن رقم ٩٣٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٠/٦/١٩٨٠)

مــادة (١٠٩١)

على قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص فـى نفس اليوم الذى يصدر فيه هذا الأمر ، وعليه أيضا أن يؤشر بهذا الأمر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقـدم لأخذ الاختصاص ، وأن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن .

الشــرح

٢٨٢- إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص :

لما كان الأمر الصادر بالاختصاص لا يصـدر فـى حضـور المدين ، فقد أوجبت المادة على قلم الكتاب إعلان المـدين بـالأمر الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصـدر فيـه الأمـر . ووجوب الإعلان قصد به تمكين المدين من العلم بالأمر والتظلم منه إذا رأى وجها لذلك .

ويتم هذا الإعلان بورقة من أوراق المحضرين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وعند صدور الأمر بالاختصاص يجب على قلم كتاب المحكمة إعلانه للمدين فى موطنه المبين بالعريضة فى نفـس اليـوم الـذى صدر فيه . وهذا تحديد أريد به إخطار المدين بما تم حتى يتظلم إن كان هناك وجه للتظلم "[1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٧٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقصود من إعلان المدين بأمر الاختصاص فى نفس اليوم الذى صدر فيه هو – على ما جاء بمجموعة الأعمال التحضيرية – إخطار المدين بما تم حتى يتظلم منه وفقا لنص المادة ١٠٩٢ من القانون المدنى إن كان هناك وجه للتظلم إذ أن المدين لم يكن حاضرا وقت صدور الأمر بالاختصاص " .

(طعن رقم ٩٣٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/٦/١٠)

٢٨٣- التأشير بالأمر على صورة الحكم أو الشهادة المرفقة بالطلب :

أوجب النص على قلم الكتاب أن يؤشر بالأمر بالاختصاص على صورة الحكم أو الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص . والحكمة من ذلك وكما تقول مذكرة المشروع التمهيدى أن ذلك " تجديد أريد به منع الحصول على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة "[1] .

وتحقيقا لذات الهدف أوجب النص على قلم الكتاب إخطار قلم الكتاب الصادر منه الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٧٨ .

مـــادة (١٠٩٢)

١- يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الآمر كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم إلى المحكمة الابتدائية .

٢- ويجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضـــى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص .

الشـــرح

٢٨٤ـ تظلم المدين من الأمر الصادر بالاختصاص :

للمدين الصادر ضده الأمر بالاختصاص أن يتظلم منه .

وهو يتظلم منه استنادا لعدم توافر شروط الاختصاص ، كما لو كان الحكم الصادر بموجبه الأمر غير نهائى وغير مشمول بالنفـــاذ أو كان الدين قد تم الوفاء به أو انقضى بالتقـــادم أو أن العقـــارات الوارد عليها الاختصاص لا تتناسب مع الـــدين ويجـــب أن يكـــون التظلم مسببا وإلا كان باطلا (م١٩٧ مرافعات) .

وليس هناك ميعاد للتظلم ، ويعتبر هذا استثناء من نظام التظلم من الأوامر على عرائض إذ حددت المادة ١/١٩٧ مرافعات للتظلم مدة عشرة أيام من تاريخ صدور الأمر بالرفض أو من تاريخ البدء فى تنفيذ الأمر أو إعلانه بحسب الأحوال[١] .

---

(١) وكانت المادة (١٥١٨) من المشروع التمهيدى المقابلة للمـــادة (١٠٩٢) تحدد للتظلم ثلاثة أيام من يوم أن يعلنه قلم الكتـــاب بـــالأمر الصـــادر بالاختصاص " ، وبعد هذا الميعاد لايجوز الطعن فى الأمر إلا بالطريق المعتاد"، إلا أن هذا الميعاد حذف فى لجنـــة المراجعـــة (مجموعـــة الأعمال التحضيرية جـــ٧ ص ١٧٦ .

٢٨٥- . سلطة القاضى الآمر أو المحكمة فى التظلم :

ليس للقاضى الآمر أو المحكمة التى تنظر التظلم أن تمس موضوع الحق ، وإنما هى تفصل فى التظلم فى حدود ما كان للقاضى الآمر من ولاية عند إصدار الأمر . وإن كان هذا لايمنعها من استظهار مبلغ الجد فى المنازعة المعروضة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان القاضىالآمر وهو بصدد نظر التظلم فى أمر الحجز لايستطيع أن يمس موضوع الحق إلا أن ذلك لاينبغى أن يحجبه عن استظهار مبلغ الجد فى المنازعة المعروضة لا ليفصل فى الموضوع بل ليفصل فيما يبدو أنة وجه الصواب فى الإجراء المطلوب دون أن يبنى حكمه على مجرد الشبهة " .

(طعن رقم ١٤٤ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٦)

ويحكم القاضى أو المحكمة إما بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه (م١٩٩ مرافعات) .

وهذا الحكم يكون قابلا للطعن فيه أمام محكمة الاستئناف (م١٩٩/٢ مرافعات) .

٢٨٦- التأشير بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص :

أوجبت الفقرة الثانية من المادة أن يؤشر على هامش قيد حق الاختصاص بمكتب الشهر العقارى بكل أمر أو حكم يقضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص .

ولما كان الأمر بالاختصاص يقيد في نفس اليوم الذى يصـــدر فيه كما سنرى وجب إذا صدر أمر بإلغائه عقب تظلم المـــدين ، أن يؤشر على هامش القيد بذلك[١] .

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جــ٧ ص ١٧٩ .

مــادة (١٠٩٣)

إذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن ، سواء كان الرفض من بادئ الأمر أو بعد تظلــم المــدين ، جــاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية .

الشــرح

٢٨٧ـ تظلم الدائن فى الأمر الصادر برفض الاختصاص:

إذا رفض رئيس المحكمة الابتدائية توقيع الاختصـــاص رغــم توافر شروطه ، أو إذا ألغى اختصاصا سبق توقيعه للدائن بناء على تظلم من المدين ، جاز للدائن التظلم من أمر الرفض أمام المحكمـــة الابتدائية مباشرة . لأنه لا تكون هناك جدوى من التظلم أمام رئيس المحكمة من قراره بالرفض وقد سبق له نظـــر المســـألة مـــرة أو مرتين. فضلا عن أن منح المدين حق التظلم إلى القاضى الآمـــر إنما هو بسبب صدور الأمر فى غيابه دون سماع أقوالـــه فهنـــاك احتمال كبير أن يعدل الآمر رأيه إذا ما سمع أقوال المـــدين . أمـــا الدائن فلأن الأمر لم يصدر إلا بعد الاطلاع على طلبـــه فاحتمـــال تغيير الآمر رأيه احتمال ضعيف[1] .

٢٨٨ـ التأشير على هامش القيد بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص :

إذا قيد الدائن الأمر الصادر بالاختصاص ثم صدر أمر أو حكم

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٣٥٥ ومابعدها .

بإلغاء الأمر ، وجب التأشير على هامش القيد بهذا الأمر أو الحكم ، ويكون ذلك بمثابة إلغـــاء للقيد ، وإلغاء للأمر الصادر بالاختصاص (راجع المادة ١٠٩٢)[١] .

(١) السنهورى ص ٥٥٥ .

الفصل الثانى
آثار حق الاختصاص وإنقاصه وانقضائه
مـــادة (١٠٩٤)

١- يجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلـى الحد المناسب ، إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيـد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين .

٢- ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره علـى جـزء مـن العقار أو العقارات التى رتب عليها ، أو بنقل إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين .

٣- والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ولو تـم بموافقـة الدائن تكون على من طلب الإنقاص .

الشـــرح

٢٨٩- إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب :

إذا كانت الأعيان التى رتب عليها حق الاختصاص تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدائن ، فقد أجازت الفقرة الأولى من المـادة لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب.

وليس المدين وحـده هـو صـاحب المصـلحة فـى إنقـاص الاختصاص ، وإنما قد تثبت المصلحة لغيـره كالـدائن صـاحب التأمين العينى المتأخر فى المرتبة أو الدائن العادى أو الحائز فـإذا كان عدم التناسب قائما عند صدور الأمر بالاختصاص جاز طلـب

إنقاصه إما عن طريق تظلم المدين من الأمـر الصـادر بإعطـاء الاختصاص أو عن طريق رفع دعوى أصلية بالإنقاص إذا انقضى ميعاد التظلم .

وإذا كان التفاوت قد تحقق بعد قيام حـق الاختصـاص نظـرا لارتفاع قيمة العقار أو لانقضاء جزء من الدين أمكن طلب الإنقاص عن طريق رفع دعوى أصلية به .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وكما يجوز للمدين أن يرفع دعوى الإنقاص ، يجـوز كـذلك لكل ذى مصلحة أن يرفع هذه الدعوى . مثل ذلك دائن تـال فـى المرتبة للدائن صاحب الاختصـاص أو دائـن عـادى أو حـائز للعقار "[1] .

٢٩٠ـ كيفية الإنقاص :

التناسب بين الدين والعقار أمر تقدير للقاضى . وكانت المـادة (١٥٢٦) من المشرع التمهيدى تحدد معيارا للإنقاص إذ نصت على أنه : " إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها عما يكفى لضمان الدين " – وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيـدى أنه : " وضع المشروع رقما يقف عنده القاضى لتقدير ما إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيرا على الدين ، فتكون كـذلك إذا زادت وقـت

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٨٢ .

القيد أو بعده بقدر الثلث عن مبلغ الدين أو عما يتبقى منه . وقد أخذ هذا الرقم عن المشروع الإيطالى "[١].

ولكن هذا التحديد لم يظهر فى النص النهائى للقانون ، وأصبح أمر الإنقاص متروكا لتقدير القاضى وإن كان من الجائز الاسترشاد بمثل هذا التقدير [٢].

والإنقاص يكون إما بقصر الاختصاص على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها من قبل وإما بنقله إلى عقار آخر . ونقل الاختصاص إلى عقار آخر هو فى الواقع اختصاص جديد على هذا العقار ، ولهذا إذا كانت هناك حقوق مقيدة عليه نشأت بعد توقيع الاختصاص الأول ، فمن غير المعقول أن ينقل الاختصاص إلى هذا العقار بمرتبته القديمة إضرارا بالحقوق المقيدة . وبذلك يكون الانتقال فى هذه الحالة بدون ضرر على دائن آخر حقه مقيد على العقار الذى ينقل إليه الاختصاص[٣] .

وبالتالى لن يكون نقل الاختصاص فى هذه الصورة ضمانا كافيا لضمان الدين المحكوم عليه . ولذلك فإنه من الناحية العملية فإن إنقاص الاختصاص عن طريق نقله إلى عقار آخر لايصدر إلا إذا كان العقار الآخر خال من كل حق مقيد عليه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٨٠ ومابعدها .

(٢) سمير عبد السيد تناغو ص ٣٥٧ .

(٣) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٤٦٧ هامش (٢) – همام محمد زهران ص ٥٦٩ هامش (٢) ومابعدها – وفى هذا المعنى سمير عبد السيد تناغو ص ٣٥٧ .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويجوز إنقاص حق الاختصاص إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيرا على الدين . ويكون ذلك إما من طريق تظلم المدين من الأمر الصادر من القاضى بإعطاء حق الاختصاص ، أو عن طريق رفع دعوى أصلية بالإنقاص إذا انقضى ميعاد التظلم كما يجوز رفع هذه الدعوى الأصلية بالإنقاص إذا اختل فيما بعد التناسب بين قيمة العقار ومبلغ الدين لزيادة قيمة العقار أو لنقص مبلغ الدين "(١).

٢٩١ـ مصروفات الإنقاص :

فى جميع الأحوال تكون المصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص وقيده سواء كان قضائيا أو اتفاقيا مع الدائن على نفقة من طلب الإنقاص ما لم يكن هناك خطأ من جانب الدائن . كأن يكون هو الذى بالغ فى أخذ اختصاص تزيد قيمته كثيرا على الدين أو قدم مستندات غير صحيحة عن قيمة العقار ، فعندئذ يتحمل الدائن قيمة هذه المصروفات(٢) .

وإذا أكان طالب الإنقاص غير المدين ، جاز له الرجوع بالمصروفات على المدين(٣) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٨٢ .

(٢) أحمد سلامه ص ٣٤٩ – همام محمد زهران ص ٥٧٠ .

(٣) السنهورى ص ٥٧٣ – سليمان مرقس ص ٣٤١ .

٢٩٢- التأشير بالإنقاص :

يجب التأشير على هامش قيد الاختصاص بما يفيد إنقاصه ، وذلك إذا تم الإنقاص عن طريق قصره على بعض العقارات أو على جزء منها . فإذا نقل الاختصاص إلى عقار آخر وجب إجراء قيد جديد على هذا العقار حتى يحتج بالاختصاص على الغير ويأخذ مرتبته من تاريخ قيده . ومتى نقل الاختصاص على العقار الجديد كان للمدين طلب محو القيد الأصلى [1].

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٤٦٧ – أحمد سلامه ص ٣٤٩ .

مادة (١٠٩٥)

يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة .

الشرح

٢٩٣- سريان أحكام الرهن الرسمى على الاختصاص :

يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمي ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام . وذلك باستثناء ما ورد من أحكام خاصة بشأن الاختصاص .

فحق الاختصاص يرتب نفس الآثار المترتبة على الرهن الرسمى . فهو بالنسبة للدائن الذى تقرر لصالحه والمدين الذى تقرر ضده يولد نفس الآثار التى تترتب على الرهن الرسمى بالنسبة لكل من المرتهن والراهن . وتطبق فى هذا الشأن نفس الأحكام التى ذكرناها عند الكلام عن آثار الرهن الرسمى فيما بين المتعاقدين .

والأمر كذلك بالنسبة لآثار الاختصاص فى حق الغير ، فهو يعطى لصاحبه مزيتى التقدم والتتبع وذلك تأمينا لوفاء الدين والفوائد والمصروفات .

والدائن صاحب الاختصاص يباشر حقه فى التقدم علـــى ثمـــن الثمار . وكذلك حقه فى تتبع العقار فى أى يد يكون بنفس الوضـــع المقرر بالنسبة للدائن المرتهن رهنا رسميا .

غير أنه يلاحظ أن الاختصاص المأخوذ على أموال المدين الذى شهر إعساره بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يكون له أثـــر بالنسبة إلى الدائنين الثابتة ديونهم قبل ذلك التسجيل . وذلك عمـــلا بالفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ مدنى التى تجرى على أن : " علـــى أنه لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقـــارات المدين بعد هذا التسجيل " .

٢٩٤- قيد الاختصاص وتجديده ومحوه وعدم تجزئته:

يسرى على قيد الاختصاص وتجـــديده ومحوه وعدم تجزئتـــه ، ما نص عليه بشأن الرهن الرسمى .

فيجب أن يقيد حق الاختصاص حتى يحتج بـــه فـــى مواجهـــة الغير. ولا يفترق عن الرهن الرسمى إلا من ناحية اشتراط القانون فى الدائن صاحب الاختصاص أن يكون حسن النية .

وكذلك يفترق المحو الاختيارى للقيد فى حالة الاختصاص عـــن حالة الرهن الرسمى .

إذ فى الرهن الرسمى يلزم أن يثبت رضاء الدائن فـــى تقريـــر

رسمى ، أما فى حقوق الاختصاص والرهن الحيازى والامتياز العقارى فيكفى فى محو القيود الخاصة بها صدور أمر عرفى من الدائن مصدق على التوقيع فيه (م٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى) .

٢٩٥- انقضاء حق الاختصاص :

تنص المادة على أن يسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى فيما يتعلق بانقضاء حق الاختصاص . ومن ثم فإن حق الاختصاص ينقضى بنفس الأسباب التى ينقضى بها الرهن الرسمى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينقضى خق الاختصاص بما ينقضى به حق الرهن الرسمى ، وقد تقدم بيان ذلك "[١] .

وبالترتيب على ذلك فإن حق الاختصاص ينقضى إما **بصفة تبعية** مع انقضاء الدين المضمون ، ويعود إذا عاد الدين مع عدم الإخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها ما بين انقضاء الحق وعودته (م١٠٨٢) ، كما ينقضى بصفة أصلية : بالتطهير أو مرسى المزاد ، أو اتحاد الذمة ، أو هلاك العقار ، أو النزول عن حق الاختصاص .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٩٢ .

وكما ينقضى الرهن بصفة أصلية إذا بطل العقد الذى أنشأه فإن الاختصاص ينقضى أيضا إذا ما ألغى الحكم الـذى أنشـأه نتيجـة التظلم ، أو نتيجة الطعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٩٢) على أنه يجـب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص .

(الباب الثالث)
الحقوق المتفرعة عن حق الملكية
الرهن الحيازى

الفصل الأول
أركان الرهن الحيازى

مـــادة (١٠٩٦)

الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ، ضمانا بدين عليـــه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقـــدان ، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشئ لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ فى أى يد يكون .

الشـــرح

٢٩٦- تعريف الرهن الحيازى :

يبين من نص المادة (١٠٩٦) أن الرهن الحيازى هو نوع مـــن التأمين العينى مصدره اتفاق يبرمه الراهن والمرتهن ، أساسه نقـــل حيازة المال المخصص لضمان الدين إلى الدائن المـــرتهن الـــذى يتقرر له حق عينى على موضوع الضمان يستطيع بمقتضاه حـــبس المال حتى استيفاء الدين والتمتع بالأولوية على ثمنـــه فـــى أى يـــد يكون . فتخلى الراهن عن حيازة المرهون وتســـليمه إلـــى الـــدائن المرتهن هو إذن جوهر هذا النوع من الرهن . ولذلك يطلق عليـــه

اسم الرهن الحيازى[1] . بل إن انتقال حيازة المرهون إلى المرتهن كان يعتبر فى القانون القديم ركنا لازما لانعقاد الرهن ، بمعنـــى أن الرهن ما كان لينعقد طالما أن الراهن لم يسلم المرهون إلى الدائن . أما فى القانون الجديد فقد أصبح الرهن الحيازى عقدا رضائيا يـــتم بمجرد توافق الإرادتين ودون حاجة إلى تسليم المرهون ، وأصـــبح نقل الحيازة مجرد أثر أو التزام يترتب فى ذمة الراهن بناء علـــى عقد الرهن . وليس معنى ذلك أن انتقال الحيـــازة زالـــت أهميتـــه بالنسبة للرهن الحيازى فى ظل القانون الجديد ، فهو فضلا عن أنه التزام يولده العقد بمجرد انعقاده فى ذمة الراهن يعتبر شرطا لازما لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير (م١١٠٩) .

والغرض من حيازة الدائن للشئ المرهون هو منع الراهن مـــن التصرف فيه تصرفا يراد به تهريبه إضرارا بالدائن ، كما أنه يتخذ وسيلة لإعلام الغير بقيام الرهن . وتظهر أهمية ذلك على الأخـــص فى حالة المنقول حيث يسهل على الراهن تهريبه إذا بقى فى حيازته وحيث لا يمكن ترتيب وسيلة أخرى لشهره غير انتقال الحيـــازة . على أنه كما يبين من النص يرد الرهن الحيـــازى علـــى المنقـــول والعقار على السواء ، ويطلق على الـــرهن بنوعيـــه اســـم **nan fissement** فى حـــين أن الـــرهن الحيـــازى العقـــارى يســـمى **antichrése** ورهن الحيازة فى المنقول يسمى **gage** .

---

(١) محمد على إمام ص ٤٤١ – نعمان محمد جمعه ص ١٣٧ .

والرهن الحيازى يخول للدائن حبس المرهون والاحتفاظ به حتى استيفاء الالتزام المضمون ، وكذلك التقدم أو الأولوية على ثمنه فى أى يد يكون ، فهو يمنح الدائن فضلا عن الأولوية والتتبع حبس الشئ محل الرهن لحين استيفاء الثمن ، وبذلك يعطيه ضمانا قويا يكفل له استيفاء الدين ويقيه مخاطر إعسار المدين وتصرفه فى أمواله ومزاحمة باقى الدائنين [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يلاحظ من تعريف الرهن الحيازى أن رهن الحيازة يختلف عن الرهن الرسمى فى أنه عقد رضائى (وقد أصبح التسليم فيه التزاما لا ركنا) ، وفى أن العين المرهونة قد تكون عقاراً أو منقولا ، وفى أن الحيازة ضرورية لنفاذ الرهن فى حق الغير ، وفى أن الحبس ثابت للدائن المرتهن حتى يستوفى الدين . أما ترتيب حق عينى على الشئ المرهون يستوفى بمقتضاه الدائن الدين متقدما ومتتبعا ، فهذه المعانى مشتركة بين الرهن الحيازى والرهن الرسمى " [٢].

٢٩٧- الرهن الحيازى والرهن الرسمى :

يتفق الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى فيما يأتى :

---

(١) محمد على إمام ص ٤٤١ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٩٣ .

١- كلا الرهنين يستند إلى عقد أى إلى توافق إرادتى الراهن والمرتهن . وفى ذلك يختلف كل منهما عن حق الاختصاص الذى يستند إلى أمر من رئيس المحكمة بناء على حق صدر به حكم نهائى أو واجب التنفيذ .

٢- كلا الرهنين من الحقوق العينية التبعية التى تخول لصاحبها سلطة مباشرة على شئ وتخول صاحبها مزيتى التقدم والتتبع .

٣- يتفق الرهنان فى مبدأ عدم تجزئة الرهن .

ولكن الرهنين يختلفان فيما يلى :

١- الرهن الرسمى عقد شكلى لا بد لقيامه من توافر الرسمية أما الرهن الحيازى فهو عقد رضائى يتم بمجرد توافق الإرادتين .

٢- الرهن الرسمى لا يرد إلا على عقار ، أما الرهن الحيازى فيرد على العقار والمنقول على حد سواء .

٣- حيازة المال المرهون فى الرهن الرسمى تكون للمدين الراهن ، أما فى الرهن الحيازى فإن الحيازة تكون للدائن المرتهن.

٤- الرهن الحيازى عقد ملزم للجانبين إذ هو يولد التزامات فى ذمة كل من الراهن والمرتهن . أما الرهن الرسمى ، فهو عقد ملزم لجانب واحد .

٥- الرهن الحيازى يعطى مزايا عينية للمرتهن منها حبس الشئ المرهون لحين حصوله على حقه ، واستغلاله والحصول على

ثماره مع خصمها من قيمة المصروفات والفوائد وأصل الدين ، هذا بالإضافة إلى حقى التقدم والتتبع ، بينما يقتصر حق المرتهن رسميا على حق التقدم والتتبع دون حبس المال [١].

٢٩٨- خصائص الرهن الحيازى :

يتميز الرهن الحيازى بالخصائص الآتية :

١- أنه عقد رضائى :

الرهن الحيازى عقد رضائى ينعقد بمجرد توافق الإرادتين دون حاجة إلى شكل خاص .

أما انتقال حيازة الشئ المرهون من الراهن للمرتهن أو العدل المختار من جانبهما ليس ركنا للانعقاد بما يجعله عقدا عينيا لكنه التزام من التزاماته . فينحصر دوره فى إنفاذ الرهن فى مواجهة الغير .

٢- أنه عقد ملزم للجانبين :

يعتبر عقد الرهن الحيازى من العقود الملزمة للجانبين فهو ينشئ على الراهن التزاما أساسيا بتسليم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن ، ويقابل هذا التزامات على المرتهن بالمحافظة عليها واستثمارها وردها بمجرد استيفاء الدين .

(١) نعمان محمد جمعه ص ١٣٨ ومابعدها – محمد على إمام ص ٤٤٣ ومابعدها .

٣- أنه عقد معاوضة :

عقد الرهن الحيازى عقد معاوضة حيث يحصل كل من الراهن والمرتهن على فائدة منه . فهو يوفر للراهن ما يطلبه من ثقة وائتمان ، ويحقق للدائن المرتهن ما يبغيه من ضمان أو تأمين يكفل له سداد الدين .

فكلا الطرفين إذن لم يقصد التبرع .

وتظهر أهمية كون عقد الرهن الحيازى عقد معاوضة على الأخص من حيث الأهلية اللازمة لإبرامه .

٤- أنه عقد من عقود الضمان :

كعقد الكفالة وعقد الرهن الرسمى ، وبمقتضاه يكون للمرتهن ضمانا عينيا على الشئ المرهون .

٥- أنه حق تابع :

فشأن عقد الرهن الحيازى فى ذلك شأن كافة عقود الضمان . ويترتب على صفة التبعية هذه ضرورة استناد الرهن إلى التزام صحيح لكى يوفر ضمان الوفاء به .

فإذا لم يقم هذا الالتزام أو قام ثم أبطل أو قام صحيحا ثم انقضى فإن الرهن يأخذ نفس المصير ، لأن التابع يتبع المتبوع أو التابع يتبع الأصل (١).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥١٦ - عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٤ ومابعدها .

وإن كان الالتزام الأصلى تجاريا كانت المنازعـات الخاصـة بانعقاد الرهن وتنفيذه من اختصاص المحكمة التجارية ولـو كـان ممن قرر الرهن ليس تاجرا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ١٠٩٦ من التقنين المدنى على أن : " الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ، ضمانا لدين عليه ، أو على غيـره بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشئ لحين استيفاء الدين ، وأن يتقـدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ فى أى يد يكون " يدل على أن الرهن الحيازى عقـد تابع يستلزم وجود التزام أصلى يضمنه ويتبعه فى وجوده وانقضائه وأوصافه فإذا كان الالتزام الأصلى تجاريا اعتبـر الـرهن عمـلا تجاريا ولما كان من المقرر أن جميع أعمال البنوك تعتبر أعمـالا تجارية طبقا لنص الفقرتين ٤ ، ٥ من المادة الثانيـة مـن قـانون التجارة ولو تمت بصفة منفردة أو لصالح شخص غير تاجر ، وكان فتح الاعتماد هو عقد يتم بين البنك وعميل يتعهد فيه البنك بوضـع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة فيكون لهذا الأخير حق سحبه كله أو بعضه بالكيفية التى يراها فـإذا كـان الاعتمـاد مصحوبا برهن حيازى لضمان رد المبالغ التى يسحبها العميل مـن الاعتماد المفتوح لصالحه اعتبر الرهن فى هذه الحالة عملا تجاريا

لايسرى عليه ما يتطلبه القانون المدنى من إجراءات لنفاذه فى حق الغير بل يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير ذلك أنه طبقا للمادة ٧٦ من القانون التجارى بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ يثبت الرهن الذى يعقد ضمانا لدين تجارى بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير ، ومن ثم فإن القانون التجارى يكتفى لنفاذ الرهن فى حق الغير بانتقال حيازة الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يعينه المتعاقدان وفقا لما تقضى به المادة ٧٧ من قانون التجارة ، ولا يستلزم ثبوت تاريخ عقد الرهن ولا تدوين هذا العقد فى أية ورقة " .

(طعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨)

٢٩٩- أركان عقد الرهن الحيازى :

عقد الرهن الحيازى ، شأنه شأن سائر العقود يلزم لقيامه توافر الأركان العامة للعقود الأخرى . فيجب وجود رضا ومحل وسبب.

فيلزم لقيامه توافر رضا طرفى العقد وهما الراهن والمرتهن . وأن يرد على محل يجوز رهنه ، وأنه يكون له سبب مشروع .

وفضلا عن ذلك فإن الرهن الحيازى باعتباره عقدا تابعا لابد من التزام اصلى يضمن الوفاء به . ومن ثم يلزم وجود حق شخصى يقوم الرهن ضمانا له .

ويلزم لصحة التراضى أن يكون الرضاء خاليا من عيوب الإرادة وصادرا من ذى أهلية .

٣٠٠- أهلية الراهن :

لم يتكلم الشارع عن الأهلية اللازمة لمباشرة الرهن الحيازى ، على خلاف الرهن الرسمى حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٢) على أنه : " ... يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه " .

ومن ثم يرجع فى هذا الشأن إلى القواعد العامة .

وهذه القواعد توجب أن يتوافر فى الراهن أهلية مباشرة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر أى أهلية التصرف .

أما إذا كان الراهن شخصا غير المدين كان العقد بالنسبة له عملا ضارا ضررا محضا إذا كان متبرعا وبالتالى يلزم أن تتوافر فيه أهلية التبرع ، أما إذا كان قد تقاضى مقابلا فإنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف [١].

أما النائب عن الراهن فيجب أن تتوافر فيه ولاية التصرف طبقا لما حدده قانون الولاية على المال إذا كان النائب قانونيا (وليا أو وصيا أو قيما) ويجب أن تكون وكالته خاصة إذا كان نائبا اتفاقيا (وكيلا) .

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٤٧٥ – السنهورى ص ٥٩٣ ومابعدها .

ويلاحظ أن الوكالة لعقد الرهن نيابة عن الراهن لا تستلزم الشكل الرسمى ، لأن الرهن الحيازى على خلاف الرهن الرسمى- عقد غير شكلى [١].

٣٠١- أهلية الدائن المرتهن :

تختلف الأهلية اللازمة فى الدائن المرتهن فى الرهن الحيازى عن أهليته فى الرهن الرسمى . ذلك أن الرهن الرسمى لا ينشئ فى ذمة الدائن المرتهن أى التزام . فيكفى أن تتوافر لديه أهلية الاغتناء . أما الرهن الحيازى فلأنه ينشئ التزامات فى ذمة الدائن المرتهن فى مقابل الالتزامات التى تنشأ فى ذمة الراهن ، فهو يعتبر من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر . وبالتالى يشترط أن يتوافر فى الدائن المرتهن أهلية مباشرة هذه الأعمال ، وهى لا تكتمل إلا ببلوغ سن الرشد[٢] .

ولما كانت الالتزامات التى ينشئها الرهن الحيازى فى ذمة الدائن المرتهن هى من قبيل أعمال الإدارة ، فإنه يكفى لقبول الارتهان نيابة عن الدائن المرتهن أن يكون لدى الوكيل وكالة عامة .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٧ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٦ ومابعدها – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٤٧٤ ومابعدها .

كما أن الولى والوصى والقيم يجوز لهم قبول الارتهان دون إذن المحكمة [١].

٣٠٢- إثبات الرهن الحيازى :

يخضع إثبات عقد الرهن الحيازى للقواعد العامة . والمعول عليه فى تطبيق هذه القواعد قيمة المال المرهون لا قيمة الدين المضمون ، فلا يجوز إثبات الرهن بالبينة متى كانت قيمة المال المرهون تجاوز خمسمائة جنيه ولو كانت قيمة الدين المضمون لاتجاوز ذلك [٢].

أما إذا كان العقد تجاريا فإنه يجوز إثباته سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير بكافة طرق الإثبات عملا بالفقرة (١٢٢) من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) التى تقضى بأنه :

" ويجوز إثبات الرهن التجارى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير بكافة طرق الإثبات أيا كانت قيمة الدين المضمون بالرهن".

وهذا ما يتمشى أيضا مع نص المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات التى تقضى بأنه : " فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ،

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٧ .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٥٦ .

فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان من الثابت من مدونات الحكم أن الرهن الحيازى موضوع الدعوى رهن تجارى ، وأن الراهن تاجر قدم الموتورات للبنك الطاعن ضمانا لدينه . وكانت حيازة الراهن للموتورات قرينة قانونية على ملكيته لها ، وكان رهنها حيازيا لا يتطلب وثيقة رهن خاصة تشتمل على أرقامها وأوصافها لما هو مقرر من جواز إثبات هذا الرهن سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية ، عملا بالمادة ٧٦ من قانون التجارة بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ . إذ كان ذلك ، وكان حسن النية يفترض دائما فى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس الذى يقع عبء إثباته على من يدعيه ، والذى عليه أن يثبت أن الدائن المرتهن كان يعلم وقت إبرام الرهن أو كان فى مقدوره أن يعلم أن الراهن غير مالك للشئ المرهون ، أو أن ملكيته له مهددة بالزوال، فإن استدلال الحكم على سوء نية الطاعن بالقرائن التى أوردها ، والتي لا تؤدى إلى ما استخلصه منها يكون فاسدا ومخالفا للقانون ".

(طعن رقم ٢٢٨ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٩)

مـــادة (١٠٩٧)

لايكون محلا للرهن الحيازى إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى من منقول وعقار .

الشـــرح

٣٠٣- ورود الرهن الحيازى على العقار والمنقول :

الرهن الحيازى يرد على جميع الأشياء سواء كانت عقـــارا أو منقولا ، وهو فى هذا يختلف عن الرهن الرسمى وحق الاختصاص اللذين يردان على العقار فقط .

أما كون الرهن الحيازى يرد على العقارات فتلك مسألة نحيـــل بشأنها على سبق أن ذكرناه بخصوص الرهن الرسمى . سواء من حيث رهن الأرض ورهن البناء أو رهن الحقوق المتفرعـــة عـــن الملكية العقارية .

أما المنقول فهو كل شئ يمكن نقله دون تلف ، والمنقـــول قـــد يكون ماديا وقد يكون معنويا .

والمنقولات المادية جميعها يجوز رهنها كالسيارات والمواشـــى والأثاث والبضائع والمجوهرات . ويستوى أن تكون هذه المنقولات قيمية معينة بذاتها أو مثلية . على أن رهن الأشياء المثلية لاينشئ الحق العينى (الرهن) إلا بإفرازها ، ومثل ذلك رهن المحاصـــيل الزراعية كالغلال والقطن .

وقد ألحقت السندات لحاملها بالمنقولات المادية ، فالحق فى هذه السندات يندمج فى الصك كما يقولون ، ولذلك كان تداول هذه السندات ورهنها خاضعا للأحكام التى تخضع لها المنقولات المادية فى تداولها ورهنها (م١١١٨) .

ويجوز رهن النقود رهنا حيازيا . وهذا ما يسمى عادة بالكفالة النقدية أو التأمين النقدى ، وهو فى الحقيقة رهن حيازى لا كفالة مع ذلك . ومثاله ما يقدمه المستأجر للمؤجر تأمينا لوفائه بالتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار ، وما يدفعه المشترك فى المياه أو الكهرباء أو التليفون على سبيل التأمين ، وما يقدمه مقاولو الأشغال العامة من تأمين لجهة الإدارة ضمانا لقيامهم بتنفيذ عقد الوكالة [١].

على أن هذا النوع من الرهن الحيازى يختلف عن الرهن الحيازى العادى من ناحيتين :

الناحية الأولى : أن هذا الرهن ينقل ملكية الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن ، ويلتزم هذا برد مثله عند انقضاء الرهن . فإذا استحق الدين المضمون ولم يقم المدين بوفائه لايباع المرهون وإنما يكون للمرتهن الحق فى أن يقتضى حقه خصما من المبلغ المسلم إليه . **والناحية الثانية** : فإن هذا الرهن لايسرى عليه حكم المادة ١/١١٠٤ من القانون المدنى التى تنص على أنه ليس للدائن

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٩ ومابعدها - أحمد سلامه ص ٣٥٧ ومابعدها .

المرتهن أن ينتفع بالشـــئ المرهــون دون مقابــل ، وأن عليـــه أن يستثمره استثمارا كاملا .

كما يجوز رهن المنقولات المعنوية على اختلاف أنواعها طالما أنها قابلة للحيازة فيصح رهن الديون والأسهم والسندات لحاملها أو الإذنية . كما يجوز رهن حق الإيجار وبوالص التأمين .

كذلك يرد الرهن الحيازى على المحال التجاريـــة والعلامـــات التجارية وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية .

على أنه يراعى فى شـــأن الرهـــون الـــواردة عليهـــا أحكـــام التشريعات الخاصة بها .

فمثلا ينص القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ بالأسماء التجارية فى الفقرة الأولى من المادة الثامنة منه على أنه : " لايجوز التصـــرف فى الاسم التجارى تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له " . ومن ثم لايجوز رهن الاسم التجارى مستقلا عن المحل التجارى .

ولكن لايجوز رهن الماهيات والمعاشات والديون والسندات غير القابلة للتحويل ، لأن هذه كلها لا تقبل التحويل .

كذلك لايجوز رهن الحقوق العينية كحق الرهن الرسمى وحـــق الرهن الحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز[١] .

---

(١) السنهورى ص ٥٩٦ .

٣٠٤- مشتملات الرهن :

تقضى القواعد العامة بأن التعامل فى شئ من الأشياء بالبيع أو الهبة أو الرهن أو الإيجار يشمل ملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله (م ٤٣٢ ، ٥٦٦) .

وقد أورد المشرع تطبيقا لذلك فى باب الرهن الرسمى نص المادة (١٠٣٦) الذى يجعل الرهن شاملا لملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا .

ولا شك أن هذا الحكم يسرى كذلك فى باب الرهن الحيازى رغم أن المشرع لم يورد نصا مماثلا للمادة (١٠٣٦) . ومما يؤيد ذلك أن المادة (١٠٩٩) فقرة ثانية تقرر أنه يسرى على الالتزام بتسليم الشئ المرهون سائر أحكام الالتزام بتسليم المبيع ، وتتضمن هذه الأحكام المادة (٤٣٢) التى تنص على أن التسليم يشمل ملحقات الشئ وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . هذا وقد كان هناك نص فى مشروع القانون المدنى ينص على شمول الرهن للملحقات (م١٥٣٣) ثم رؤى حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة.

وبناء على ذلك يشمل الرهن كل ما يعتبر بحسب طبيعة الأشياء وعرف الجهة من ملحقات الشئ المرهون ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك .

فإذا ورد الرهن الحيازى على عقار شمل ملحقاته من حقوق

ارتفاق وعقارات بالتخصيص وتحسينات وإنشاءات تعود منفعتها على المالك .

وإذا كان المرهون منقولا ، فيشمل ما يعتبر من ملحقاته حسب طبيعة هذا المنقول وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . فرهن السيارة أو الآلة الميكانيكية يشمل ما يلزم لاستعمالها أو استغلالها كالأدوات اللازمة لتشغيلها أو لإصلاحها وقطع الغيار التي جرت العادة على إلحاقها بها[١] .

٣٠٥- يجب أن يكون محل الرهن مما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى :

فلا يكون محلا للرهن الحيازى إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى من منقول وعقار . وقد ورد هذا الشرط فى الرهن الرسمى ، وتناولناه بالتفصيل فيرجع إليه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يشترك الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى أيضا فى أن الراهن يجب أن يكون مالكا للشئ المرهون .... وأن محل الرهن يجب أن يكون مما يمكن التعامل فيه وبيعه فى المزاد " [٢].

---

(١) محمد على إمام ص ٤٧٩ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٩٧ .

٣٠٦- قاعدة التخصيص فى الرهن الحيازى :

لم يرد فى باب الرهن الحيازى نص مقابل للفقرة الثانية من المادة (١٠٣٥) الواردة فى باب الرهن الرسمى ، كما لم يرد نص يحيل إليها ، وهى تستلزم تخصيص العقار مع تقرير البطلان كجزاء لتخلف هذا التخصيص فهى تجرى على أن :

" ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى ، وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلا ".

وقد ذهب الفقه إلى أنه نظرا لخصوصية الحكم الوارد فى هذا النص فلا يمكن القياس عليه ، وأنه لا مفر من تطبيق القاعدة العامة فى تعيين محل العقد الواردة فى المادة ١٣٣ مدنى والتى تقضى بأن " ١- إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا .

٢- ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا ما تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ ، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط ".

فالنص يكتفى بأن يكون المحل معينا تعيينا نافيا للجهالة ، بأن يكون معينا بالذات ، أو معينا بالنوع مع ذكر مقداره أو قابلا للتعيين[1] .

٣٠٧- رهن المال الشائع :

عنى المشرع – كما رأينا – فى المادة (١٠٣٩ مدنى) ببيان أحكام رهن المال الشائع رهنا رسميا ، وتتمشى معظم هذه الأحكام مع القواعد العامة ، ويخرج البعض الآخر عليها . أما الرهن

---

(١) نعمان جمعه ص ١٤٨ ومابعدها – السنهورى ص ٥٩٧ – أحمد سلامه ص ٣٦١ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٣ – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٤٨١ ومابعدها – وعكس ذلك سليمان مرقس ص ٣٦٣ فيرى أن إرادة المشرع فى اشتراط تخصيص العين المرهونة رهنا حيازيا مستفادة من إحالته على المادة ١٠٣٣ فيما يتعلق برهن الأموال المستقبلة . ذلك أن البطلان مقرر فى هذه الحالة تطبيقا لقاعدة تخصيص الرهن وجزاء لعدم احترامها . فإذا قرر المشرع هذا البطلان فى حالة الرهن الحيازى فإن ذلك يكون إقرارا ضمنيا منه لقاعدة التخصيص فى الرهن الحيازى وإذن يجب أن يكون تعيين محل الرهن تعيينا دقيقا يمنع من المغالطة فيه واستبدال غيره به .

وأن المشرع نص فى شأن رهن العقار على وجوب قيده لنفاذه فى حق الغير ، وعلى أن الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى تسرى على قيد الرهن الحيازى (المادة ١١١٤) ، ومن هذه الأحكام وجوب تعيين العقار فى القيد تعيينا دقيقا ، وأنه نص كذلك فى شأن رهن المنقول على أنه يشترط فى نفاذه قبل الغير أن تبين العين المرهونة فى عقد الرهن بيانا كافيا (المادة ١١١٧) .

الحيازى فلم يورد بشأنه نصا مماثلا ، ولم تتضمن نصوص الرهن الحيازى إحالة إلى نص المادة ١٠٣٩ المشار إليها .

وبناء على ذلك فإن الرهن الحيازى يخضع للأحكام العامة التى وضعها المشرع بشأن التصرف فى المال الشائع على وجه العموم ، وبصفة خاصة فى المادة ٨٢٦ مدنى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما رهن المشاع رهن حيازة فيخضع للقواعد العامة إذا لم يرد فيه نص خاص . فيجوز رهن الحصة المشاعة رهن حيازة ، كما يجوز أن يرهن الشريك فى الشيوع نصيبا مفرزا والعبرة بنتيجة القسمة ".

ونعرض لأحكام رهن المال الشائع تفصيلا فيما يلى [١].

(أ) الرهن الصادر من الشركاء جميعا :

يجوز للشركاء جميعا أن يرهنوا المال الشائع رهنا حيازيا . فإذا وقع الرهن من جميع الشركاء وأجريت قسمة هذا المال الشائع واختص كل شريك بنصيبه ، تحملت جميع الأنصبة بالرهن .

أما إذا وقع العقار كله فى نصيب أحد الشركاء دون الباقين ، فإن الرهن لا يكون صحيحا إلا بنسبة القدر الذى كان لهذا الشريك قبل القسمة . أما بالنسبة إلى باقى المال فيعتبر أن رهنه صدر من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٩٨ .

غير مالك . ومن ثم فهو لايسرى فى مواجهة الشريك الذى وقع فى نصيبه ما لم يقره . وإذا ملك ثلاثة أشخاص شيئاً مالا شائعا ، ثم رهنوه معا ، اعتبر كل منهم أنه رهن ما يملك ، وهو ثلث المال شائعا ، فإذا جاءت القسمة وترتب عليها أن اختص أحد الشركاء فقط بالمال جميعه ، اعتبر رهنه صحيحا بنسبة ما كان يملك وقت الرهن أى الثلث شائعا ، أما باقى الشركاء فيعتبرون أنهم لم يملكوا أصلا ذرة فى المال ، وعلى هذا يعتبرون أنهم رهنوا ملك الغير ، ورهن ملك الغير لا يسرى على المالك الحقيقى ما لم يقره[١] .

ولايصح تطبيق ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة (١٠٣٩) الواردة فى الرهن الرسمى من أنه : " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " ، لأن هذا النص استثنائى فهو يتضمن خروجا على القواعد العامة فى الشيوع ومن ثم يقتصر تطبيقه على الرهن الرسمى دون الرهن الحيازى[٢].

(ب)- رهن الشريك حصة شائعة :

يجوز للشريك أن يرهن حصته الشائعة رهن حيازة ، ويكون

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٤٢ ومابعدها - سليمان مرقس ص ٣٧٦.

(٢) محمد على إمام ص ٤٧٣ - عبد المنعم البدراوى ص ٣١٤ ، عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٤٢ - السنهورى ص ٥٩٩- سليمان مرقس ص ٣٧٦ وعكس ذلك نعمان جمعه ص ١٥٣ .

الرهن فى هذه الحالة صحيحا ، لأن الشريك يملك حصته ملكا تاما ويجوز أن يتصرف فيها (مادة ١/٨٢٦) . وهذا الحكم وإن كان محل خلاف فى ظل القانون القديم ، نظرا لأن الحيازة فيه كانت شرطا لانعقاد الرهن الحيازى ، فإنه لايجوز أن يكون موضعا للشك فى ظل القانون الجديد الذى يجعل الحيازة شرطا لنفاذ الرهن فى حق الغير فحسب .

ويمكن بوسائل متعددة تحقيق الحيازة بالنسبة للحصة الشائعة . فيجوز أن يتفق الراهن والمرتهن وسائر الشركاء على تسليم المال إلى أحد الشركاء يقبل حيازة الحصة المرهونة نيابة عن المرتهن أى بصفته عدلا ، فإن المادتين ١٠٩٦ ، ١١٠٩ تجيزان أن يكون الشئ المرهون فى يد أجنبى يرتضيه الطرفان . ويجوز أن يتفق الجميع على تسليم الشئ المرهون حصة شائعة فيه إلى الدائن المرتهن، فيحوز الشئ فيما يتعلق بالحصة المرهونة باعتباره دائنا مرتهنا ، وفيما يتعلق بسائر الحصص باعتباره وكيلا أو مديرا ، وقد يتراضى الراهن مع زملائه على قسمة مهايأة ، وبذلك ينقل إلى الدائن حيازة نصيب مفرز .

وإذا حدثت قسمة المال الشائع فإن الرهن ينقل إلى حصة الراهن المفرزة التى آلت إليه بالقسمة . وذلك تطبيقا لمبدأ الحلول العينى الذى نص عليه الشارع فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ فى

باب الشيوع . فإن هذا النص ينطبق على جميع التصرفات الصادرة من الشريك المشاع أيا كان هذا التصرف . وإذا كان هذا التصرف لايشير إلا إلى التصرف فى حصة مفـرزة ، إلا أن المبـدأ الـذى صدر عنه يسمح بالقول بانتقال الرهن المرتب على الحصة الشائعة إلى النصيب المفرز بعد القسمة . ولـذلك يبـدو أن نـص المـادة ٢/١٠٣٩ الخاص بالرهن الرسمى ليس سوى تطبيق للمبدأ المقـرر فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦[1] .

(ج) رهن الشريك حصة مفرزة :

إذا رهن الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع ، فطبقا لـنص المادة ٢/٨٢٦ ، إذا لم يقع هذا الجزء عند القسـمة فـى نصـيب الراهن ، انتقل حق الدائن المرتهن بمرتبته إلى الجزء الذى آل إلى الراهن بطريقة القسمة . وللمرتهن إذا كان يجهـل أن المتصـرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى إبطال التصرف وذلك على أساس الغلط .

وقد طبق المشرع مبدأ الحلول العينى الوارد فى الفقرة الثانيـة من المادة ٢/٨٢٦ مدنى على الرهن الرسمى فى المـادة ٢/١٠٣٩ ولاحظنا أن المشرع قد نظم انتقال الرهن إلـى مـا آل للـراهن ،

---

(١) عبد المنعم البـدراوى ص ٣١٢ ومابعـدها – السـنهورى ص ٥٩٨ ومابعدها .

وأوجب على الدائن المرتهن إجراء قيد جديد ، بعد تعيين القدر الذى ينتقل إليه الرهن ، ويبين هذا القدر فى القيد الجديد . ثم هو أوجب إجراء هذا القيد فى خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، حتى يحتفظ الرهن بمرتبته الأصلية ، وإلا كانت له مرتبته من يوم إجراء القيد الجديد . ويمكن على كل حال قياس الرهن الحيازى على الرهن الرسمى فى ذلك .

فإذا لم يقع فى نصيب الراهن شئ من المال الشائع بل أخذ فى مقابل حصته نقودا كان للدائن المرتهن عليها حق الأولوية .

مـــادة (١٠٩٨)

تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمى .

الشـــرح

٣٠٨- . إحالة إلى بعض أحكام الرهن الرسمى :

تنص المادة علـــى ســـريان أحكـــام المـــواد ١٠٣٣ ، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢ من التقنين المدنى الواردة فى الرهن الرسمى على الرهن الحيازى وهذه المواد تتعلق بالأحكام الآتية :

(أ) ملكية الراهن للشئ المرهون ورهن ملك الغير :

تنص المادة (١٠٣٣) على أنه : ١- إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقـــره المالـــك الحقيقى بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هـــذا العقـــار مملوكا للراهن .

٢- ويقع باطلا رهن المال المستقبل " .

ومفاد ذلك ما يأتى :

١- يجب أن يكون الراهن مالكا للشئ المرهون ، ويكون حكـــم رهن ملك الغير رهنا حيازيا هو نفس حكم رهنه رهنا رسميا . فهو قابل للإبطال بناء على طلب الدائن المرتهن . ويزول حق الإبطال

بإجازة المرتهن العقد صراحة أو ضمنا وبالتقادم وبإقرار المالك الحقيقى وبتملك الراهن للعقار المرهون .

وبالنسبة للمالك الحقيقى فالعقد لا ينفذ فى حقه إلا إذا أقره بورقة رسمية ونحيل فى كل هذا إلى ما سبق ذكره بالنسبة للرهن الرسمى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " عرف الشارع الرهن الحيازى وحدد محله فى المادتين ١٠٩٦ ، ١٠٩٧ من القانون المدنى وأورد فى المادة ١٠٩٨ منه النص على أن " تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمى ونص فى المادة ١٠٣٣ سالفة الذكر على أنه " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه العقار مملوكا الراهن " مما مفاده أن رهن العقار المملوك للغير يكون غير نافذ فى حق المالك الحقيقى إلا أن يجيزه بورقة رسمية وأن مناط رسمية الورقة وفق المادة العاشرة من قانون الإثبات أن يكون محررها موظفا عموميا أو مكلفا بخدمة عامة مختصا بمقتضى وظيفته بتحريرها " .

٢- " خلو أوراق الطعن مما يفيد إجازة المطعون عليها - بورقة رسمية - رهن الغير لعقار النزاع المملوك لها إلى مؤجرة

الطاعن وذلك حتى تم استهلاك دين الـرهن قبـل رفـع الـدعوى فتضحى يد الدائن المرتهن ومن تلقى الحق عنه غير مستندة إلـى تصرف نافذ فى حقها وبمثابة غصب يكون لها طلب طردهما مـن ملكها ".

(طعن رقم ٢٧٢٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/٣٠)

٢- " من الملاحظ أن المادة (١٠٩٨) لم تتضمن إحالـة إلـى المادة (١٠٣٤) التى تقضى بأن الرهن الرسمى يبقى قائما لصـالح الدائن المرتهن إذا صدر من مالك تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النيـة فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن . ولايجوز بغير إحالة تطبيق حكـم هذه المادة على الرهن الحيازى باعتبارها مخالفة للقواعد العامة ، إذ هى تصحح رهنا صدر من غير مالك . فالراهن قد أبطل سـند ملكيته أو فسخ بأثر رجعى .

غير أن المادة (١٧) من قانون تنظيم الشهر العقـارى تحقـق المقصود بالمادة سالفة الذكر ، فالمادة (١٧) المـذكورة (مسـتبدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) تنص على أنـه : " يترتـب علـى تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها .

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة .

ولايسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول " . والدعاوى المشار إليها فى هذه المادة والمذكورة فى المادة الخامسة عشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى هى الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الرجوع .

فالحكم الصادر فى هذه الدعاوى لا يكون حجة على من كسب حقه بحسن نية من المالك الذى يحكم ضده ببطلان أو فسخ سنده أو بالرجوع فيه ، مادام قد شهر حقه قبل شهر صحيفة هذه الدعاوى . وقد خرج المشرع بهذا النص على الأثر الرجعى للبطلان أو الفسخ وماإليهما لصالح من شهر حقه قبل شهر الدعوى وكان حسن النية ، لأنه كسب حقه من شخص كان يعتبره القانون مالكا للعقار الذى رتب عليه الحق . وبناء على هذا يكون لمن كسب رهن حيازة من مالك تقرر بعد ذلك بطلان أو فسخ سند ملكيته أن يحتج بهذا الرهن مادام قد قيده قبل شهر دعوى البطلان أو الفسخ[1] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٦ ومابعدها - السنهورى ص ٦٠٠ - أحمد سلامه ص ٢٦٤ ومابعدها .

(أنظر فى أثر قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز على رهن المنقول المملوك للغير شرح المادة ١١١٨) .

٣- أن رهن المال المستقبل رهنا حيازيا يقع باطلا كالشأن فى رهن العقار المرهون رهنا رسميا (راجع شرح المادة ١٠٣٣).

(ب) جواز ترتيب الرهن الحيازى ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار :

تنص المادة (١٠٤٠) التى أحالت إليها المادة (١٠٩٨) الواردة فى الرهن الحيازى على أن : " يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى . كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين ".

(راجع في التفصيل شرح المادة ١٠٤٠) .

(ج) عدم تجزئة الرهن الحيازى :

تنص المادة (١٠٤١) الواردة فى الرهن الرسمى التى أحالت إليها المادة (١٠٩٨) الواردة فى الرهن الحيازى على أن :

" كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يشترك الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى ... وفى الدين المضمون وعدم تجزئة الرهن "[١] .

(راجع فى التفصيل شرح المادة ١٠٤١) .

(د) تبعية الرهن للدين المضمون ودفوع الراهن غير المدين :

تنص المادة (١٠٤٢) الواردة فى الرهن الرسمى والتى أحالت إليها المادة (١٠٩٨) الواردة فى الرهن الحيازى على أن : " ١- لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا له فى صحته وفى انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .٠

٢- وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو تزل عنه المدين " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يشترك الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى أيضا ... وقيام علاقة التبعية بين الدين والشئ المرهون .. "[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٩٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص١٩٧ .

الفصل الثانى
آثار رهن الحيازة
١ ـ فيما بين المتعاقدين
التزامات الراهن :
مـــادة (١٠٩٩)

١- على الراهن تسليم الشئ المرهون إلـــى الـــدائن أو إلـــى الشخص الذى عينه المتعاقدان لتسلمه .

٢- ويسرى على الالتزام بتسليم الشئ المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشئ المبيع .

الشـــرح
٣٠٩ـ التزام الراهن بإعطاء الرهن :

وفقا للقاعدة العامة المقررة فى المادة ٢٠٤ من القانون المـــدنى فإن الالتزام بنقل الحق العينى ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، متـــى كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم . وبناء على هذا ينشئ عقد الرهن بمجرد انعقاد حق الرهن فيما بين عاقديه ، وذلك متى كان الشئ المرهون شيئا معينا بالذات مملوكا للراهن .

ولا يبقى بعد ذلك إلا اتخاذ الإجراءات اللازمة لنفاذه فى حـــق الغير .

فإذا لم ينشأ الحق فور العقد بأن لم يكن الشئ المرهون معينـــا

بالذات ، نشأ فى جانب الراهن التزام بإعطاء الرهن ، ويتحصل هذا الالتزام فى القيام بكل ما هو ضرورى لنشوء حق الرهن .

فإذا كان المرهون أشياء مثلية معينة بالنوع فقط التزم الراهن بإفرازها . وإذا رهن مالا غير مملوك له التزم بالحصول على إقرار المالك الحقيقى حتى ينشأ الرهن ، فإذا لم يقم بالإفراز أو لم يقم المالك الحقيقى بإقرار الرهن ، كان معنى هذا إخلال الراهن بتنفيذ التزامه بإعطاء الرهن . ويترتب على ذلك سقوط أجل الدين المضمون ، مع التعويض إن كان له محل[(١)] .

٣١٠- التزام الراهن بتسليم المال المرهون :

يلزم الراهن بتسليم المال المرهون إلى الدائن أو إلى شخص يتفق عليه المتعاقدان والتسليم فى التقنين المدنى الجديد – على خلاف التقنين المدنى القديم – ليس ركنا فى عقد الرهن الحيازى إذ لم يعد هذا العقد من العقود العينية . وإنما أصبح التسليم التزاما يقع على عاتق الراهن ناشئا من عقد الرهن .

والتسليم وإن لم يعد ركنا فى عقد الرهن الحيازى ، إلا أن له أهمية كبيرة . فهو من ناحية يمكن الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون ، والحيازة شرط لنفاذ الرهن فى حق الغير . ثم إن

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٣٧ ومابعدها .

التسليم ضرورى حتى يتمكن المرتهن من استغلال الشئ وخصم الغلة مما يستحقه وحبسه حتى يستوفى حقه .

٣١١- أحكام الالتزام بالتسليم :

تقضى الفقرة الثانية من المادة بأن يسرى على الالتزام بتسليم الشئ المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشئ المبيع .

ومن ثم فإن أحكام البيع هى التى تسرى على كيفية حصول التسليم وزمانه ومكانه والأحكام المتبعة فى تسليم الشئ المبيع .

وعلى ذلك فالراهن يلتزم بتسليم المرهون بالحالة التى يكون عليها وقت الرهن (م ٤٣١) .

ويشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (م٤٣٢) .

على أنه بخلاف الحال فى البيع لايصح أن يستبقى الراهن المرهون فى حيازته نيابة عن المرتهن ، مع استثناء حالة إيجار العقار المرهون إذا ما أشهر[1] (أنظر شرح المادة ١١١٥) .

٣١٢ـ طريقة التسليم :

تنص الفقرة الأولى من المادة (٤٣٥) مدنى وهى من ضمن أحكام تسليم المبيع ، والتى أحالت إليها المادة (١٠٩٩) فيما يتعلق بتسليم المرهون على أن :

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٧٩ – أحمد سلامه ص ٣٧٠ .

" يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع " .

ويؤخذ من هذا النص أن تسليم المبيع أو المرهون يتكون من عنصرين :

الأول : وضع المبيع تحت تصرف المشترى أو المرتهن وضعا يتمكن معه من حيازته واستثماره دون عائق ولو لم يحزه بالفعل .

الثانى : إعلام المشتري أو المرتهن بهذا الوضع .

وقد اكتفى المشرع فى تنفيذ الالتزام بالتسليم بوضع المبيع أو المرهون تحت تصرف المشتري أو المرتهن ولو لم يحزه بالفعل ، لأن تسلم المشترى أو المرتهن للمبيع أو للمرهون وحيازته فعلا أمر يتم بإرادة المشتري أو المرتهن وحده متى وضع المبيع أو المرهون تحت تصرفه ، فلا دخل فيه للبائع أو للراهن . بل هو محل التزام يقع علي المشتري أو المرتهن بمجرد وضع المبيع او المرهون تحت تصرفه .

فالتسليم بالمعني القانونى لا يقتضى حتما حصول التسلم .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٣٥)على أن : "...يحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشي المبيع ...والمقصود بذلك أن تسليم المبيع أو المرهون ، وهو كما عرفه

المشرع وضع المبيع أو المرهون تحت تصرف المشترى أو المرتهن ...لابد فيه من علامة ظاهرة تدل علي هذا الوضع وأن هذه العلاقة المادية تختلف باختلاف طبيعة المبيع أو المرهون ، فطريقة وضع العقار تحت تصرف ذى الحق فى تسلمه تختلف عن طريقة وضع المنقول المادى تحت تصرفه ، وهذه تختلف عن طريقة وضع الحقوق الشخصية أو الأدبية تحت تصرفه .

فإذاكان المرهون بناء فإن تسليمه يجوز أن يكون بتسليم مفتاحه ، على ألا يكون ثمة ما يحول دون وضع يد المرتهن عليه . فإذا كان مدخل البناء مغلقا ومختوما بالجمع الأحمر بأمر سلطة مختصة ، فإن تسليم مفاتيحه لا يعتبر تسليما له .

وإذا كان المرهون منقولا ماديا فيكون تسليمه بالمناولة من يد إلى يد أو بتسليم مفاتيح المخزن الموضوع فيه ذلك المنقول .وإذا كان حقا ماليا غير حق الملكية ، وسواء كان ذلك الحق حقا عينيا كالانتفاع أو الارتفاق ، أو حقا شخصيا أو حقا أدبيا كحق التأليف فى كتاب معين ، فيكون تسليمه بتسليم سنداته إن كانت له سندات منشئة له أو مثبتة لوجوده كالسند المنشئ لحق الانتفاع وسند الدين ، وإلا فبترخيص الراهن للمرتهن باستعمال الحق المرهون إن لم يوجد ما يمنع هذا الاستعمال كما فى رهن حقوق المؤلف فى كتاب معين [1].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤١٢ ومابعدها – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٤٨٩ ومابعدها .

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن التسليم القانونى الذى يتم دون تسلم المرتهن المال المرهون يقتصر أثره على إبراء ذمة الراهن من التزامه بالتسليم ، ولكنه لا تتوافر به حيازة المرتهن المادية للمرهون ، ولا يكفى لنفاذ حق الرهن قبل الغير . بل لابد فى ذلك من تسلم المرتهن فعلا المال المرهون ، ما لم يتسلمه لحسابه الشخص الذى عينه العاقدان .

فإذا كان المرهون منقولا ووضع تحت تصرفه وجب أن يستولى عليه وأن ينقله حيث يحفظه أو يضع عليه علامة ظاهرة تدل على أنه أصبح فى حيازته على سبيل الرهن كتعليق لوحة على المخزن الموجود فيه المرهون. وإذا كان بناء تسلم المرتهن مفتاحه ، وجب أن يستعمله أو يؤجره ، وإن كان أرضا زراعية تسلم حجتها وعقد إجازتها الأخيرة ، ووجب أن يطالب المستأجر بالأجرة وأن يتولى تجديد الإجارة أو زراعة الأرض بعد انتهاء الإجارة الأولى[1].

وقد رأى المشرع فى باب البيع إمكان الاستعاضة عن التسليم القانونى بتسليم حكمى يقوم مقامه ، فنص فى المادة ٢/٤٣٥ مدنى على أنه : " يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية ".

---

(١) سليمان مرقس ص ٤١٣ – أحمد سلامه ص ٣٧٠ – محمد لبيب شنب ص ٢٣١ .

وهذا التسليم الحكمى وإن أبرأ ذمة الراهن من الالتزام بالتسليم باعتباره متحققا حكما ، إلا أن هذا النوع من التسليم ليس له مظهر خارجي من شأنه إعلام الغير بحصوله ، ولا يحقق الغرض المقصود من التسليم فى باب الرهن الحيازى ولا يفيد فى نفاذ حق الرهن قبل الغير . فيكون من حق المرتهن مع حصول هذا التسليم الحكمى أن يطالب الراهن بالتسليم الحقيقى أو القانونى إذا كان المرهون قد بقى فى حيازته ولو على سبيل العارية أو الوديعة أو الإجارة حتى يجعل حقه نافذا قبل الغير .

ويستثنى من ذلك حالة واحدة هى حالة تأجير العقار المرهون إلى الراهن وشهر هذا الإيجار بالنص عليه فى قائمة القيد أو بالتأشير به على هامش القيد إذا تم بعد إبرام الرهن (م١١١٥) [1].

٣١٣ـ جزاء عدم تسليم الشئ المرهون :

إذا لم يقم الراهن بالتزامه بالتسليم أمكن إجباره على التنفيذ إن كان ذلك ممكنا طبقا للقواعد العامة ، فإذا أصبح التنفيذ غير ممكن جاز فسخ عقد الرهن والمطالبة بالوفاء بالدين المضمون فورا لسقوط الأجل بسبب عدم تقديم المدين ما وعد به من تأمينات . كما يجوز للدائن كذلك المطالبة بالتعويض إن كان له محل [2].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٣١ – أحمد سلامه ص ٣٧٠ ومابعدها .

(٢) توفيق حسن فرج ص ٢٢٩ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٧٩ .

مـادة (١١٠٠)

إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضـى الـرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضـاء الرهن . كل هذا دون إخلال بحقوق الغير .

الشـرح

٣١٤- رجوع المرهون إلى حيازة الراهن :

جاء بتقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عن هذه المادة ما يأتى :

" عدلت اللجنة حكم هذه المادة على الوجه الآتى :

(النص الحالى) . ولم يكن النص المقدم من الحكومة صريحا فى التعبير عن معنى انقضاء الرهن مـن جـراء رجـوع الشـئ المرهون إلى حيازة الراهن ، وقد آثرت اللجنة أن تقرر أن الأصل هو انقضاء الرهن متى رجع الشئ المرهون إلى حيازة الراهن على غرار ما هو مقرر فى القانون الحالى استنادا إلـى قرينـة تنـازل الدائن أو استيفائه لحقه وهى قرينة تستخلص من خروج الحيازة من يده ولكنها لم تقر هذا الأصل على إطلاقه بل جعلت للدائن أن ينفى هذه القرينة إذا أقام الدليل على أن الحيازة خرجت من يده بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . وبديهى أن الحكم قاصـر علـى صـلة الراهن بالمرتهن فهو بهذا التحديد لا يؤثر فى حقوق الغير[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٠٤ ومابعدها .

وبذلك يكون الأصل أن رجوع المرهون إلى الراهن قرينة على تنازل الدائن عن الرهن أو استيفائه لحقه . غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فيجوز للدائن المرتهن أن يثبت أن الراهن قد اختلس المال الرهون أو اغتصبه فلا يكون ذلك قرينة على انقضاء الرهن ويجوز للمرتهن المطالبة باسترداد المال المرهـون أمـا إذا كـان خروج المال بسبب تأجيره إلى الراهن فلا يجوز له اسـترداده إلا بعد انقضاء الإيجار الذى عقده مع الراهن .

ويسترد الدائن المرتهن العين مثقلة بما ترتب عليها من حقـوق للغير كحق امتياز المؤجر حسن النية أو رهن حيازة آخر لمـرتهن حسن النية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا عاد الشئ المرهون إلى الراهن لأى سبب كـان ، كـأن يختلسه الراهن أو يغتصبه أو يستأجره ، فإن للدائن أن يسترده مادام عقد الرهن قائما مع احترام ما يكون للراهن أو للغير من حقـوق ، فلا يسترد الدائن العين المرهونة إلا بعد نهاية عقد الإيجار المعقود مع الراهن ، ويستردها مثقلة بما ترتب عليها من حقوق للغير كحق امتياز المؤجر حسن النية أو رهن حيازة آخر لمرتهن حسن النية . أما إذا كان الدائن المرتهن قد تنازل طوعا عن الحيازة ، وفهم مـن

ذلك أنه تنازل عن الرهن ذاته فإنه لا يستطيع استرداد العين إذ الرهن أصبح غير قائم " [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " فى عقد الرهن الحيازى إذا امتنع الراهن عن تسليم الرهن أمكن للمرتهن أن يجبره على ذلك قضاء . ويبطل الرهن إذا بقى المرهون باختيار المرتهن فى حيازة الراهن أو رجع إليه باختياره أيضا . فإذا رفضت المحكمة طلب حبس العين على أساس ما استبانته من وقائع الدعوى من عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها وتركها باختياره تحت يد الراهن فقضاؤها بذلك سليم ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض فيما تثبته بشأن مسألة وضع اليد . أما إذا ثبت أن عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها قد كان غصبا فلا يبطل الرهن بل يبقى صحيحا ويكون للمرتهن حق المطالبة بالحبس ".

(طعن رقم ٣ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/٥/٣١)

٢- " إن القانون يوجب لصحة رهن الحيازة وضع المرهون فى حيازة الدائن المرتهن ، ويقضى ببطلان هذا الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه . وإذا كان عقد الإيجار يضع العين المؤجرة فى حيازة المستأجر فإنه يكون على المحكمة ، متى أثبتت

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٠٢ .

فى حكمها أن الراهن استأجر العين المرهونة فى اليوم الذى حصل فيه رهنها ، أن تعتبر أن حيازة المرهون لم تنتقل إلى المرتهن أو أنها على الأقل قد رجعت على الفور إلى الراهن ، وفى كلتا الحالتين يجب عليها أن تحكم ببطلان الرهن . والقول بأن رجوع الحيازة إلى الراهن بطريق الإيجار لا يبطل الرهن مردود بعموم نص المادة ٥٤١ من القانون المدنى ، وبمخالفة ذلك لطبيعة الرهن الحيازى . وعلى أنه إذا كان القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ المعدل للمادة ٥٤٠ قد رخص للدائن فى إيجار العقار المرهون إلى المدين بشرط النص على ذلك فى عقد الرهن أو التأشير به فى هامش تسجيله فإنه لم يقصد بهذا الترخيص الذى جاء به إلغاء حكم المادة ٥٤١ من القانون المدنى وإنما قصد تسهيل المعاملات بين الناس . ملاحظا فى ذلك أن إشهار الإيجار بطريق التسجيل فيه ما يغنى عن حيازة الدائن العقار المرهون " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/١٤)

مـادة (١١٠١)

يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عمـلا ينقص من قيمة الشئ المرهون أو يحول دون استعمال الـدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة علـى الشئ المرهون .

الشـرح

٣١٥- ضمان الراهن سلامة الرهن ونفاذه :

يلتزم الراهن حيازيا . كما يلتزم الراهن رسميا بالامتناع عـن التعرض الشخصى للمرتهن وبالدفاع عن التعرض القانونى الصادر من الغير .

فليس له أن يخرب العين قبل تسليمها أو بعده ، أو يأتى عمـلا من شأنه الانتقاص من قيمة الشئ ، ولا أن يقـيم العراقيـل فـى استغلال المرتهن إياها أو أن يتعرض للمستأجر من الأخير .

وليس له أن يعطى الغير حقا عينيا عليها يكون نافذا قبل الدائن المرتهن بحيث يمنع نفاذ حق هذا الدائن قبل الغير ، بل يجب عليـه أن يدفع كل ادعاء قانونى صادر من الغير ومستند إلى حق عينـى مزعوم وجوده على العين من قبل نشوء الرهن .

وهو فوق ذلك ليس له أن يطلب رد العين إليه قبـل انقضـاء الرهن ، ولا أن يحتفظ بها إذا تسلمها من المـرتهن لأى سـبب لا

يتضمن نزول الأخير عن الرهن ثم طلب هذا استردادها لجعل حقه نافذا قبل الغير .

وعليه أن يمكن المرتهن من جعل حقه نافذا قبل الغير ، سواء بتوقيعه العقد الذى يصلح للشهر أو لإثبات التاريخ أو بتقديمه مستندات الملكية حتى يلزم ذلك ... الخ "[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يلتزم الراهن أيضا بضمان الرهن . فليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشئ المرهون ، أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من عقد الرهن . كأن يخرب العين قبل تسليمها أو يعطى عليها للغير حقا عينيا يكون نافذا فى حق الدائن المرتهن"[٢].

٣١٦- جزاء إخلال الراهن بالتزامه بالضمان :

إذا أخل الراهن بالتزامه بالضمان ، كأن استحقت العين المرهونة أو خربت أو أتلفت أو نقصت قيمتها بفعله ، جاز للمرتهن أن يطلب إما فسخ الرهن ووفاء الدين فورا مع التعويض عن سقوط الأجل إن كان الأجل مقررا لمصلحته ، وإما التنفيذ بمقابل ، سواء أكان ذلك بتقديم تأمين تكميلى يعادل ما نقص من قيمة المال

---

(١) سليمان مرقس ص ٤١٩ ومابعدها سمير عبد السيد تناغو ص ٣٧١ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٠٦ .

المرهون أم كان بدفع مبلغ يقابل قيمة ما نقص من الرهن علـــى أن يخصم هذا المبلغ من أصل الدين وفوائده[١] .

٣١٧- حق الدائن المرتهن فى اتخاذ الإجراءات التحفظية :

يستطيع الدائن المرتهن إذا صدر من الراهن عمل يمس سلامة الرهن أن يتخذ فى حالة الاستعجال بعض الإجراءات التحفظية التى تكفل المحافظة على المال الرهون وأن يرجع على الراهن بما أنفقه فى ذلك .

وقد ورد فى الرهن الرسمى نص مماثـــل هـــو نـــص المـــادة (١٠٤٧) . وحكمة هذا النص فى خصوص الرهن الرسمى ظاهرة ، إذ أن الشئ المرهون يظل فى يد الراهن فيخشـــى أن يقصـــر فـــى حفظه مما يضر بحق الدائن المرتهن بإنقاص ضمانه .

أما الرهن الحيازى فالحيازة تنتقل إلى الدائن المـــرتهن وهـــو المكلف بحفظ الشئ . على أنه يمكن تصور تطبيق المادة (١١٠١) فى الحالة التى لا يكون الدائن قد تسلم فيها الشئ المرهون بعـــد ، وكذلك فى حالة ما إذا وقع تعرض من جانب الراهن للمرتهن فـــى أثناء حيازته الشئ المرهون[٢] كما لو شرع الراهن فى إقامة حائط على أرض مجاورة للعقار المرهون وكان فى ذلك اعتداء على حق

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٢٠ – همام محمد زهران ص ٥٩٦ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٣ .

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٢ – سليمان مرقس ص ٤٢٢

ارتفاق مقرر على تلك الأرض لصالح العقار المرهون ، فإنه يجوز للمرتهن أن يرفع دعوى إيقاف الأعمال الجديدة ضد الراهن محافظة منه على حيازة حق الارتفاق الداخل فى رهنه تبعا للعقار المرهون . فإذا فعل ذلك حقق به مصلحة لنفسه وإلا فلا لوم عليه ولاتقصير[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وللدائن أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشئ المرهون ، كما لو كان المرهون دينا مضمونا برهن ، فيقيده الدائن المرتهن أو يجدد قيده ويرجع بالمصاريف على الراهن وهذا يرجع بها على من رهن له "[2].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٢٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٠٦ .

مــادة (١١٠٢)

١- يضمن الراهن هلاك الشئ المرهـــون أو تلفــــه إذا كـــان الهلاك أو التلف راجعا لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة .

٢- وتسرى على الرهن الحيازى أحكــام المـــادتين ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشئ المرهون رهنـــا رســـميا أو تلفـــه ، بانتقال حق الدائن من الشئ المرهون إلى ما حل محله من حقوق.

الشـــرح

٣١٨- ضمان الراهن هلاك الشئ المرهون أو تلفه :

يتحمل الراهن هلاك الشئ المرهون أو تلفه إذا كان الهـــلاك أو التلف راجعا إلى خطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة .

أما إذا كان الهلاك أو التلف مرجعه خطأ الــدائن تحمـــل هـــذا الأخير مسئوليته والتزم بتعويض الراهن عن الضرر المترتب له . وبالنسبة لأثر الهلاك فى بقاء الرهن وانقضائه وانتقال حق الـــدائن المرتهن إلى ما يحل محل المرهون من مال ، فقد أحـــال المشـــرع صراحة إلى أحكام المادتين ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ من التقنين المدنى .

وينبنى على ذلك أنه : إذا كان هلاك المرهون أو تلفه مرجعـــه فعل الراهن ، كان للدائن الخيار بين أن يقتضى تأمينا كافيـــا أو أن يستوفى حقه فورا فإن كان الهلاك أو التلف راجعا إلى سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين كان للمدين الخيار بـــين وفـــاء الدين فورا قبل حلول الأجل أو تقديم تأمين كاف .

وفى حالة اختيار الدائن وفاء الدين فورا فإن الدين إذا لم تكن له فوائد لا يكون للدائن سوى الحق فى اقتضاء مبلغ يعادل قيمته الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين .

وبالطبع إذا كان الهلاك بفعل الدائن فليس له أن يطلب شيئا ، بل يجب عليه أن يدفع تعويضا عما أتلفه بخطئه وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض .

وفى كل الحالات يترتب على هلاك المرهون أو تلفه انتقال الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يحل محله ، وذلك عملا بمبدأ الحلول العينى وتطبيقا لنص المادة (١٠٤٩) التى أحال عليها المشرع .

وبناء على ذلك إذا استحق للراهن تعويض بسبب هلاك المرهون أو آل إليه مبلغ تأمين عوضا عنه أو كان هناك مقابل لنزع ملكيته للمنفعة العامة انتقل حق الدائن المرتهن إلى ما حل محل المرهون[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يضمن الراهن أيضا هلاك المرهون أو تلفه إذا كان هذا راجعا إلى خطئه أو إلى قوة قاهرة ، ويكون للدائن المرتهن فى الحالة الأولى ، الخيار بين اقتضاء الدين فورا أو المطالبة بتأمين

---

(١) محمد على إمام ص ٥١٧ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٣ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٤٢٣ ومابعدها .

آخر ، وفى الحالة الأخرى يكون الخيار للمدين ، وهذه هى نفس قواعد الرهن الرسمى . وتتبع أيضا هذه القواعد في انتقال الرهن من الشئ المرهون إلى ما يحل محله من حقوق كتعويض ، أو مبلغ تأمين . أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن نفسه ، فإنه يكون مسئولا عن التعويض ، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض "[1].

(راجع فى التفصيل شرح المادتين ١٠٤٨ ، ١٠٤٩) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٠٨ .

التزامات الدائن المرتهن :

مـــادة (١١٠٣)

إذا تسلم الدائن المرتهن الشئ المرهون فعليه أن يبـــذل فـــى حفظه وصيانته من العناية ما يبذلـــه الشـــخص المعتـــاد ، وهـــو مسئول عن هلاك الشئ أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لســـبب أجنبى لا يد له فيه .

الشــــرح

٣١٩- التزام الدائن المرتهن بحفظ وصيانة الشئ المرهون :

عقد الرهن الحيازى – كما ذكرنا سلفا – عقد ملزم للجـــانبين ، ومن التزامات الدائن المرتهن هى المحافظة على الشئ المرهـــون وصيانته .

فيلتزم الدائن المرتهن أن يقوم بما يلزم لحفظ الشئ ولجعله يقوم بعمله ويؤدى مهمته . فإذا كان الشئ دينا مضمونا برهن رســـمى ، وجب عليه أن يجدد قيد الرهن فى الوقت المناسب .

وإذا كان الدين مهددا بالسقوط بالتقادم ، وجب عليه أن يقطـــع المدة .

وإذا كان المرهون كمبيالة وجب عليه أن يطالب بالوفاء بها عند الاستحقاق . وأن يقوم بعمل البروتستو عند عدم الدفع . وإذا كانت المحافظة فى حاجة إلى خبرة خاصة غير متوافرة فى الدائن المرتهن ، وجب عليه الاستعانة بمن تتوافر فيه هذه الخبرة الخاصة .

وإذا وجد الدائن المرتهن أن الشئ المرهون مهـدد أن يصـيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة ، التزم بإخطار الـراهن بحالـة الشئ المرهون[١] . فإذا رأى الراهن أن بقاء الشـئ بحالتـه عنـد الدائن المرتهن يهدد هذا الشئ ، وأن الشئ قد يهلـك أو يتلـف أو يصيبه نقص فى القيمة ، فله أن يسترد الشئ من الدائن المـرتهن ، على أن يقدم له تأمينا آخر يراه القاضى كافيا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ومما يدخل فى العناية المطلوبة من الـدائن المـرتهن أن يبادر ، وهو الحائز للشئ المرهون ، إلى إخطار الراهن بما عسى أن يهدد الشئ من هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة ويجوز للراهن فى هذه الحالة أن يسترد الشئ المعرض للتلف على أن يقدم للـدائن تأمينا آخر يكون كافيا (المادة ١٥٤٠ من المشروع التمهيدى) [٢] ".

ويسأل الدائن المرتهن عن هلاك الشئ أو تلفه ما لم يثبـت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه .

---

(١) السنهورى ص ٦٣١ ومابعدها .

(٢) كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا برقم (١٥٤٠) يقضى بأنه : " إذا كان الشئ المرهون مهددا أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة ، وجب على الدائن أن يبادر بإخطار الراهن بذلك . وفى هذه الحالـة يجوز للراهن أن يسترد الشئ إذا قدم للدائن تأمينا آخر يراه القاضـى كافيا " . إلا أنها حـذفت فى لجنة المراجعـة اكتفاء بالقـواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢١٠ ، ٢١١) .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إن المادة ٨٠ من قانون التجارة إذ نصت على أن " تحصيل قيمة الأوراق التجارية المرهونة تكون بمعرفة الدائن المرتهن لها " فإن مؤدى هذا النص أن الدائن المرتهن يلتزم قانونا قبل الراهن بالمحافظة على الشئ المرهون وبتحصيل قيمة الورقة في ميعاد الاستحقاق ويعتبر التظهير التأميني – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – في حكم التظهير الناقل للملكية بشأن تطهير الورقة من الدفوع فلا يكون للمدين الاحتجاج على الدائن المرتهن حسن النية بالدفوع التي يجوز له الاحتجاج بها على الدائن الأصلي أو المظهرين السابقين بما في ذلك الدفع بانقضاء الالتزام أو انعدام سببه ولا يستطيع المدين مخالفة هذا الوضع والاحتجاج بالدفوع قبل الدائن المرتهن إلا إذا أقام هو الدليل على أن الدائن المرتهن لم يكن حسن النية وقت التظهير " .

(طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٥)

كما قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كان الثابت في الدعوى أن الدائن المرتهن – البنك المطعون ضده – استأجر من المدين الراهن – الطاعن – حجرة بمصنعه لحفظ البضاعة محل عقد الرهن المبرم بينهما ضمانا للوفاء بالقرض ، ونص في عقد الإيجار على عدم مسئولية المطعون ضده " بأي حال من الأحوال عما يلحق البضائع المودعة

بالأماكن المؤجرة من سرقة أو تبديد أو تلف أو فساد أو نقص فيها أو أوزانها أو أطوالها مهما يكن قيمته أو سببه ويتحمل بكل ذلك الطرف الأول – الطاعن – وحده " ، وكان التزام الطاعن هذا لاينقضى بتوقيع الحجز على هذه البضاعة المودعة بالعين المذكورة مع بقائها بها ، ومن ثم فإن الاتفاق على عدم مسئولية المطعون ضده عن سرقة هذه البضاعة وتحمل الطاعن لقيمتها يظل ساريا رغم توقيع الأول الحجز الإدارى المذكور ، ويبقى الطاعن وحده مسئولا عن فقدها لأن حيازتها كانت ومن قبل ذلك الحجز للبنك المطعون ضده بمقتضى عقد الرهن ، كما لا يغير من انتفاء مسئوليته الحكم نهائيا ببراءة الطاعن من تهمة سرقة تلك البضاعة ، ذلك أن حجية الحكم الجنائى قاصرة على مدى ثبوت الفعل الجنائى بالنسبة للطاعن ولا يمتد أثرها إلى ما يتصل بمسئولية المطعون ضده التقصيرية فى الفترة اللاحقة على توقيع الحجز " .

(طعن رقم ٩٠٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

٢- " من المقرر طبقا للمادتين ١٠٤٩ ، ٢/١١٠٢ من القانون المدنى أن هلاك الشئ المرهون يترتب عليه انتقال حق الدائن المرتهن إلى ما حل محله من حقوق ليستوفى دينه منها فإذا كانت البضاعة المرهونة والمؤمن عليها قد احترقت وتقرر حق الدائن المرتهن فى مبلغ التأمين المستحق وكان مقتضى ذلك حلول مبلغ التأمين محل البضاعة المرهونة – فإنه ليس هناك محل لرجوع

المدين الراهن على الدائن المرتهن وحسبه أن تجرى المحاسبة بينهما على أساس عقد القرض المضمون بالرهن وإذ قضى الحكم المطعون فيه مع ذلك بمسئولية الدائن المرتهن عن هلاك البضاعة المرهونة فإنه يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٢٨)

٣٢٠- العناية المطلوبة من الدائن المرتهن :

يلتزم الدائن المرتهن فى حفظ وصيانة الشئ المرهون ، بعناية الشخص المعتاد ، ولو كانت عنايته فى شئونه الخاصة تزيد على عناية الرجل المعتاد ، ولكن لا يقبل منه عناية تقل عن عناية الرجل المعتاد ، ولو كانت عنايته فى شئون نفسه تقل عن عناية الرجل المعتاد .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فالدائن المرتهن ، إذا تسلم الشئ يكون مسئولا عن حفظه وصيانته . ويلتزم أن يبذل فى المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد . وهذه المسئولية تعاقدية ، فهو مسئول عن هلاك الشئ إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه "[١].

(أنظر تفصيلات أخرى فى شرح المادة ١١١٦) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢١١ .

مـــادة (١١٠٤)

١- ليس للدائن أن ينتفع بالشئ المرهون دون مقابل .

٢- وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غيـــر ذلك .

٣- وما حصل عليه الدائن من صافى الريع وما استفاده مـــن استعمال الشئ يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة مـــا أنفقـــه فـــى المحافظة على الشئ وفى الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين .

الشـــرح

٣٢١- عدم انتفاع الدائن بالشئ المرهون بدون مقابل :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه ليس للـــدائن أن ينتفـــع بالشئ المرهون بدون مقابل .

والحكمة فى هذا هى أن يحال بـــين الـــدائن المـــرتهن وبـــين الحصول على فوائد ربوية فى صورة انتفاع بالشئ بدون مقابـــل . ولذلك يقع باطلا أى اتفاق يخالف ذلك .

٣٢٢- التـــزام الـــدائن المـــرتهن باســـتثمار الشـــئ المرهـــون استثمارا كاملا :

يلتزم الدائن المرتهن باستثمار الشئ المرهون استثمارا كـــاملا فى الفترة التى يبقى فيها تحت يده ، وذلك حتى لايضـــار الـــراهن المالك بحرمانه من إيراده وثماره أثناء قيام الرهن .

وعلى ذلك يجب على الدائن المرتهن ألا يستبقى المال المرهون فى يده دون استغلال وإلا كان فى هذا خسارة للراهن الذى يضطر بسبب الرهن إلى التخلى عن المال المرهون للدائن .

والالتزام باستغلال المال المرهون يقوم فى كل أنواع الرهن ، أى سواء كان محل الرهن منقولا أو عقارا .

وعلى الدائن أن يستغل المرهون استغلالا كاملا مراعيا فى ذلك عناية الرجل المعتاد بمعنى أن يجعله ينتج كل ما هو قابل إنتاجه من إيراد أوغلة .

فلا يصح أن يتركه دون استغلال ، ولا حتى أن يستغله استغلالا ناقصا بأن يقتصر فى استثماره على الحصول على جزء فقط من منافعه وثماره كما هو الحال إذا أجره بأقل من أجر المثل .

وبالطبع هو يستغله فيما أعد له ، فلا يصح أن يعدل فى وجوه استثماره إلا باتفاق مع الراهن . فمثلا إذا كان المرهون محلا تجاريا وجب استغلاله فيما أعد له وليس كمخزن أو مصنع . وإذا كان حصانا من خيول السباق فإنه لايصح استخدامه فى النقل . وإذا كان أرضا زراعية فإنه لايجوز استغلالها فى صنع الطوب .

والدائن يستغل المرهون إما بنفسه وإما عن طريق الغير . فله مثلا أن يؤجر الأرض الزراعية أو يزرعها بنفسه ، وأن يسكن المنزل أو يؤجره إلى الغير ، وأن يستغل المحل التجارى بنفسه أو يؤجره إلى الغير . ولكن لايصح له أن يؤجر المرهون إلى الراهن

إلا حيث يسمح له القانون بذلك ، كما هو الشأن فى حالة العقار على نحو ما ذكرناه .

وفى حالة استغلال الدائن للمرهون بنفسه يقدر الخبراء قيمته الإيجارية حتى يجرى خصمها من الدين وملحقاته كما سنرى[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن مقتضى المادة ٥٤٥ من القانون المدنى أن الدائن المرتهن عليه أن يسعى فى استغلال العقار المرهون بحسب ما هو قابل له على أن تستنزل قيمة الغلة من الدين المؤمن بالرهن بحيث إنها تستنزل أولاً من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين .

ولما كان للدائن المرتهن فى سبيل استغلال العقار أن يستغله بنفسه أو يؤجره لغير المدين الراهن أو لنفس المدين الراهن بالشروط الواردة فى القانون ، ولما كان لا نزاع فى أنه إذا كان الإيجار لغير المدين لا يكون دين الأجرة المقتضى تحصيله من هذا الغير مضموناً بالرهن بل يكون استنزال قيمته من الدين على الوجه المتقدم واجباً ولو لم يحصله الدائن ، فإنه إذا كان الإيجار للمدين نفسه فلا وجه لأن يتغير الحكم . ولا يصح اعتبار دين الأجرة فوائد مستحقه عليه للدائن لأن الأجرة – على خلاف الفوائد – هى من حق الراهن على الأساس المتقدم لا من حق المرتهن . فالقول بأنها من قبيل الفوائد التى يضمنها الرهن خطأ . ومتى كانت الأجرة لا

---

(١) محمد على إمام ص ٥٢٤ ومابعدها .

تعد مضمونة بالرهن باعتبارها فوائد عن الدين ، وكانت قيمة الغلة واجبا خصمها من الدين المضمون بالرهن ، كان على الدائن المرتهن أن يقدم عنها حسابا بحيث إنه إن لم يحصل قيمة الغلة أو أهمل فى تحصيلها فإنه يكون مسئولا عن نتائج تقصيره " .

(طعن رقم ٥٤ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٥/١٤)

٢- " متى كانت المحكمة إذ طبقت المادة ٥٤٥ من القانون المدنى القديم التى توجب على الدائن المرتهن أن يبذل فى سبيل استغلال العقار المرهون حسب ما هو قابل له ما يستطيع من مجهود ممكن لم تبين الأسباب التى اعتمدت عليها فى اعتبار الدائن مقصرا فى استغلال العين المرهونة مكتفية فى ذلك بإيراد عبارة غامضة لا تكشف عن أى معنى ثم ندبت خبيرا لإجراء عملية الاستهلاك لا على أساس ما استولى عليه الدائن المرتهن فعلا بل على أساس أجر المثل ، فإن حكمها يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه ".

(طعن رقم ٣٩٩ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/١/٢٧)

٣- " للدائن المرتهن متى انتقلت إليه حيازة الأرض المرهونة أن يستغلها لحساب الراهن الاستغلال المعتاد على الوجه الذى تصلح له ، إما بزراعتها أو بتأجيرها إلى من يقوم بذلك ، فإذا أجرها إلى الغير كان صاحب صفة فى هذا التأجير ، وبالتالى فإن عقد الإيجار الصادر منه لا ينقضى بانقضاء الرهن بل يمتد تلقائيا فى مواجهة الراهن .

لما كان ذلك ، وكان الثابت أن عقد الإيجار الصادر من الـدائن المرتهن – المطعون عليه الخامس – إلى الطاعنين قد حرر وأثبت فى دفاتر الجمعية التعاونية طبقا للقانون ، فإنه يمتد – حتـى بعـد انقضاء الرهن – فى مواجهة المـدينتين الـراهنتين – المطعـون عليهما الثالثة والرابعة – اللتين تحلان محـل الـدائن المـرتهن – المطعون عليه الخامس– كمؤجرين ، ويحل من بعـدهما كمـؤجر المشتريان منهما المطعون عليهما الأول والثانى " .

(طعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٤)

٤– " للدائن المرتهن متى انتقلت إليه حيازة الأرض المرهونـة أن يستغلها لحساب الراهن الاستغلال المعتاد علـى الوجـه الـذى تصلح له . إما بزراعتها أو بتأجيرها إلى من يقـوم بـذلك ، فـإذا أجرها إلى الغير كان صاحب صفة فى هذا التأجير وبالتـالى فـإن عقد الإيجار الصادر منه لا ينقضى بل يمتد تلقائيـا فـى مواجهـة المدين الراهن " .

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٣)

٣٢٣- جزاء مخالفة الالتزام :

إذا لم يقم الدائن بتنفيذ التزامه باستغلال الشئ المرهـون علـى النحو الموضح بالبند السابق ، كان للراهن الحق فى أن يطلب مـن القاضى وضع الشئ تحت يد حارس يكون بمثابة عدل يتولى حفظه وإدارته واستغلاله ، ببذل عناية الشخص المعتاد .

كما يصح أن يطلب فسخ الرهن واسترداد الشئ فى مقابل دفع الدين . وفى هذه الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد رد بعد خصم الفائدة بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الأجل المحدد أصلا(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يلتزم الدائن باستثمار الشئ المرهون الاستثمار الذى يصلح له وأن يبذل فى استثماره وإدارته عناية الرجل المعتاد . ولا يغير من الطريقة المألوفة لاستغلاله إلا برضاء الراهن . ويبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل فإن أخل الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية ، كان للراهن أن يطلب وضع الشئ تحت الحراسة كما يجوز له أن يرد الدين فيسترد الرهن ، فإذا لم يكن للدين فوائد رده بعد خصم الفائدة بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم الحلول "(٢).

٣٢٤ـ الالتزام باستثمار الشئ المرهون لا يتعلق بالنظام العام :

الالتزام باستثمار الشئ المرهون لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على تركه دون استغلال ، ويكون ذلك عادة إذا كان استثمار الشئ يتطلب خبرة فنية ، لا تتوافر لدى الدائن المرتهن . وجواز الاتفاق على عدم استثمار المرهون فى هذه الحالة ناشئ من أن هذا

---

(١) السنهورى ص ٦٤٠ – همام محمد زهران ص ٦٠٢ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢١٩ .

الاستثمار يتعلق بمصالح الراهن والمرتهن ، ولهذا لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على ترك الشئ دون استثمار [١].

ولذلك تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك " .

٣٢٥- المقاصة بين الغلة والمبالغ التى يضمنها الرهن :

الدائن المرتهن لا يستغل المرهون لنفسه وإنما لحساب الراهن ، ومن ثم فإنه يصبح مدينا له بقيمة الثمار التى تم قبضها وكذلك بالقيمة التى قدرها الخبراء للفائدة التى حصل عليها من استعمال المرهون بنفسه ، وهو لا يكون مدينا إلا بصافى الغلة ، أى بعد أن يستنزل منها كل ما يكون قد أنفقه فى سبيل الحصول عليها .

ولما كان الدائن يصبح مدينا للراهن على هذا النحو فإنه من جهة أخرى دائن له بالالتزام المضمون وملحقاته . ولهذا فالمشرع يجرى المقاصة بين الدينين وطبقا للفقرة الثالثة من المادة فإن صافى الغلة وهو ما يتبقى بعد اقتطاع ما أنفق فى سبيل الحصول عليها ، والقيمة التى عادت على المرتهن من الانتفاع بالشئ يخصم كالآتى:

١- من المبالغ التى تستحق للمرتهن فى سبيل قيامه بالمحافظة على الشئ واصلاحه ، والمقصود بذلك مصروفات الحفظ والصيانة وهى تشمل الضرائب والرسوم المستحقة على الشئ المرهون والتى يجب على الدائن دفعها (م١١١٦) .

---

(١) توفيق حسن فرج ص ٢٣٦ .

٢- فإذا تبقى من صافى الغلة شئ بعد ذلك يخصم من المصروفات المستحقة للدائن ، وهى تشمل مصروفات العقد الذى أنشأ الدين المضمون بالرهن ، ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده والمصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن مثل نقل الحيازة (م١١١١) .

٣- وتخصم بعد ذلك الفوائد التى تستحق على أصل الدين سواء كانت فوائد قانونية أو اتفاقية كما سنرى .

٤- ما يبقى بعد ذلك يخصم من أصل الدين المضمون [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وما ينتج من الغلة يخصم من الدين ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يحتسب الخصم من قيمة ما أنفقه الدائن المرتهن فى المحافظة على الشئ وما عسى أن يستحقه من تعويض ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين .

والحق فى أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلا عن نفسه لا نائباً عن الراهن "[٢] .

---

(١) محمد على إمام ص ٥٢٨ ومابعدها - توفيق حسن فرج ص ١٣٦ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢١٩ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " المطالبة باستهلاك الدين وملحقاته بسبب استغلال الـدائن الأرض المرهونة له تتضمن فى حقيقة الواقع المطالبة بريـع هـذه الأرض عن مدة الرهن كلها وإجراء المقاصة بين هذا الريع وبـين الدين المضمون وتوابعه " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/١٧)

٢- " إذا كان المعارض فى تنبيه نـزع الملكيـة قـد أسـس معارضته على براءة ذمته من الدين بطريق الاستهلاك خصما مـن ريع الأطيان المرهونة ، ثم لما نـدبت المحكمـة خبيـرا لتصـفية الحساب اعترض الدائن على تقرير الخبير بأنه رغما مـن أن يـده على الأطيان المرهونة له رهنا رسميا لم تكن إلا يد حارس معـين بحكم قضائى فإن الخبير لم يعول فى تقدير الريع على ما حصـله هو فعلا بل قدر الريع تقديرا يزيد على المتحصل ، وبأنه أخطـأ إذ استنزل فائض الريع منذ تاريخ وضع يده من أصل الدين رغما من بقاء فوائد متأخرة كان يجب استنزال فائض الغلة منها عملا بالمادة ١٧٣ من القانون المدنى ، ومع ذلك فإن الحكم أخذ بتقرير الخبيـر ولم يتحدث عما دفع به الدائن المعارض ضده إلا بقوله إنه لم تقـدم مطاعن جدية على عمل الخبير مع خلو التقرير من هذا الدفاع وعن الرد عليه ، فإنه يكون قد شابه بطلان جوهرى موجب لنقضه ".

(طعن رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٠/٢٨)

٣- " متى كان الحكم قد حصل تحصيلا سائغا من المستندات أن اتفاقا تم بين الطاعن والمطعون عليه على أن يضع هذا الأخير اليد على الأطيان التى رهنها له الطاعن رهنا تأمينيا وأن يحصل ريعها خصما من دينه وقرر أنه سواء أكان الغرض من هذا الاتفاق هو إنشاء حق رهن حيازى لاحق للرهن التأمينى أم عقد وكالة لإدارة الأطيان واستيفاء الدين من غلتها فإنه على كلا الفرضين لاسبيل للطاعن فى ان ينهى بإنذار منه العلاقة القائمة بينهما، لأن عقد الرهن لا يفسخ بإرادة واحدة وكذلك عقد الوكالة إذا كان لمصلحة الدائن فإن النعى على الحكم بالخطأ فى التكييف يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٢/٢٢)

٤- " لم يعين القانون طريقا خاصا يجب اتباعه فى تقدير ريع العين المرهونة رهنا حيازيا عند إجراء عملية استهلاك دين الرهن ومن ثم كان هذا التقدير مما تستقل به محكمة الموضوع مادامت تبنيه على أسس سائغة " .

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/٢١)

مـادة (١١٠٥)

١- إذا كان الشئ المرهون ينتج ثمارا أو إيرادا واتفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه فى مقابل الفوائد ، كان هذا الاتفاق نافذا فى حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية .

٢- فإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار فى مقابل الفوائد وسكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة ، حسبت الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز قيمة الثمار ، فإذا لم يعينا ميعادا لحلول الدين المضمون ، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا من طريق استنزاله من قيمة الثمار ، دون إخلال بحق المدين فى الوفاء بالدين فى أى وقت أراد .

الشـرح

٣٢٦- الاتفاق على جعل الثمار أو الإيراد فى مقابل الفوائد :

إذا كان الشئ المرهون ينتج ثمارا أو إيرادا واتفق الطرفان على أن يجعل الثمار أو الإيراد كله أو بعضه فى مقابل الفوائد ، فإن هذا الاتفاق يكون نافذا فى حدود أقصى الفوائد الاتفاقية . ومعنى ذلك أنه إذا كانت الغلة الناتجة من الشئ تساوى الفائدة بسعر ٧% كانت كلها للدائن .

ومن باب أولى إذا كانت أقل من ذلك ، ولا يكون له المطالبة بأكثر لأنه ارتضى ذلك .

أما إذا زادت الغلة على ٧% فلا يكون للدائن أن يحصل منهـا إلى فى حدود ٧% فقط ، وتكون الزيادة من حق الراهن يخصـمها الدائن المرتهن مما هو مستحق له من مصروفات وأصـل الـدين وطبيعى أن المقصود بالغلة هـو صـافى الغلـة أى بعـد خصـم مصاريف الإدارة ونفقات الإنتاج .

والقصد من هذا التحديد أن الاتفاق على أن تكون غلـة الشـئ كلها أو بعضها فى مقابل الفوائد يخشى منه أن يؤدى إلى حصـول الدائن على فوائد ربوية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويقع أن يسلم الراهن العين المرهونة للدائن علـى أن تكـون الثمار فى مقابل الفوائد . فيجب أن تخصم الثمار فى حدود أقصـى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية ، فإذا زادت الثمار على هذا الحد الأقصى فما زاد منها يخصم من أصل الدين "(١) .

٣٢٧- حالة عدم اتفاق الطرفين على جعل الثمار فى مقابل الفوائد وسكوتهما عن تحديد سعر الفائدة :

إذا لم يتفق الطرفان على جعل الثمار كلها أو بعضها فى مقابل الفوائد ، وفى ذات الوقت سكتا عن الاتفاق على سعر الفائدة . فإن الفوائد تحسب فى هذه الحالة على أساس السعر القـانونى أى ٤%

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢١٩ ومابعدها .

فى المواد المدنية ، ٥% فى المواد التجارية ، وذلك لعدم وجود اتفاق خاص بين الطرفين على الفائدة .

فإذا كانت قيمة الغلة أقل من الفائدة القانونية فلا يلزم المدين بتكملة الفائدة ، وذلك على أساس أن سكوت الدائن عن تحديد سعر للفائدة فى هذه الحالة هو بمثابة رضاء منه بالاكتفاء بالغلة مقابل الفوائد . فالفائدة عند السكوت – تحسب إذن على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز قيمة الثمار[1] .

وقد يحصل مع عدم الاتفاق على سعر للفائدة ، ألا يتفق على أجل لحلول الدين ، وعندئذ تحسب الفوائد كما قدمنا على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز قيمة الثمار .

فإذا بقى شئ من الثمار خصم من أصل الدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين إلا من طريق استنزاله من فائض الثمار . فإذا لم يكن للثمار فائض كان الدين غير محدد الأجل ، فيحدد القاضى أجلا للحلول مراعيا فى ذلك موارد المدين المالية والمستقبلة ومقتضيات عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه (المادة ٢٧٢) .

أما المدين فإنه يستطيع أن يوفى الدين فى أى وقت يشاء فيسترد العين المرهونة .

أما إذا لم يتفق على سعر للفائدة واتفق على أجل لحلول الدين ،

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٤٧ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٣٥٥.

فإنه يكون للدائن ، بعد خصم الفوائد من الغلة على نحو ما بينا ، أن يطالب المدين عند حلول الأجل بجميع ما يتبقى له من دين بعد خصم الغلة على الترتيب السابق بيانه[١] .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... والذى يقع كثيرا أن يسلم الراهن العين للدائن ويسكت عن تحديد سعر الفائدة وميعاد حلول الدين ، وهذه هى صورة للغاروقة التى أبطلت . فيجب تطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة ، على أن تحسب الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز الثمار . فإذا بقى شئ من الثمار خصم من أصل الدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين إلا من طريق خصمه من فائض الثمار ، فإذا لم يكن للثمار فائض كان الدين غير محدد الأجل فيحدد القاضى أجلا للحلول مراعيا فى ذلك موارد المدين المالية والمستقبلة ، ومقتضية عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه ، (أنظر م ٣٩٥ من المشروع) . وغنى عن البيان أن المدين يستطيع أن يوفى الدين فى أى وقت شاء فيسترد العين المرهونة "[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة عقد الرهن الحيازى وحبس العين المرهونة وبإلزام المدين الراهن بقيمة الدين

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٥٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٢٠ .

والفوائد من تاريخ التعاقد ، وكانت بعض أسباب الطعن فـــى هـــذا الحكم واردة على صحة الرهن والبعض الآخر يرد علـــى بعــض النتائج المترتبة على صحة الرهن وهى المطالبة بالفوائد ، فإن عدم إعلان أحد ورثة الدائن المرتهن بتقرير الطعن يجعل الطعن غيـــر مقبول بالنسبة إلى جميع الورثة فيما يختص بصحة الـــرهن ولكنـــه يكون مقبولا بالنسبة للفوائد ، ذلك أن النزاع الخاص بصحة الرهن هو موضوع غير قابل للتجزئة أما النزاع الخاص بالفوائد فإنـــه لا يمكن القول فى صورة الدعوى بأنه غير قابل للتجزئة ".

(طعن رقم ١٠٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٤/٢١)

مادة (١١٠٦)

١- يتولى الدائن المرتهن إدارة الشئ المرهون ، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشئ المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله .

٢- فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشئ إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيما ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشئ تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه.

وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين .

الشرح

٣٢٨- تولى الدائن المرتهن إدارة الشئ المرهون :

يقع على عاتق الدائن المرتهن بمجرد تسلمه الشئ المرهون تولى إدارته ، فهو الذى يحوزه فلا يوجد غيره يصلح لهذه الإدارة .

وتقتضى هذه الإدارة استغلال الشئ إذا كان مما ينتج غلة ، وسبق أن عرضنا في شرح المادة (١١٠٤) لالتزام المرتهن باستغلال المرهون .

والدائن المرتهن يلتزم بإدارة المرهون بما يتلائم مع طبيعته

ووفقا لما يجرى عليه العرف . ولا يجوز له أن يعدل من الطريقة المألوفة لإدارته واستغلاله إذ أن ذلك يخرج عن نطاق الإدارة ويتطلب رضاء المدين وموافقته .

(راجع فى التفصيل شرح المادة ١١٠٤) .

٣٢٩- العناية الواجب بذلها فى إدارة الشئ المرهون :

نظرا لأن الرهن فى مصلحة الطرفين فإن الدائن يلتزم بأن يبذل فى إدارة المرهون عناية الرجل المعتاد ، ومن ثم فهو يسأل عن كل خطأ ولو كان يسيرا مادام لا يقع من الشخص العادى . ولا شك أن عناية الرجل العادى تقتضى إخطار الراهن بكل أمر يهدد المرهون ويستدعى تدخله ، ولذلك يكون الدائن مسئولا إذا قصر فى ذلك .

والمرتهن لا يتقاضى أجرا على الإدارة ، إذ هو يحصل على فائدة من الرهن .

٣٣٠- جزاء إخلال الدائن المرتهن بالتزامه بإدارة الشئ المرهون :

إذا أساء الدائن استعمال حقه فى إدارة الشئ المرهون أو أداره إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالا جسيما . كان للراهن الحق فى طلب وضع الشئ المرهون تحت الحراسة .

كما يكون له الحق فى استرداد الشئ المرهون مقابل دفع ما عليه من دين ، إذ فى هذه الحالة ينقضى الرهن .

وفى هذه الحالة إذا كان الدين لا فائدة له ولم يكن قد حل أجله ، خصم الراهن عند دفعه الدين ، من هذا الدين فائدته بالسعر القانونى (٤% فى المسائل المدنية ، ٥% فى المسائل التجارية) من يوم الوفاء إلى يوم حلول الدين فى ميعاده الأصلى[(١)] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يلتزم الدائن باستثمار الشئ المرهون الاستثمار الذى يصلح له وأن يبذل فى استثماره وإدارته عناية الرجل المعتاد . ولا يغير من الطريقة المألوفة لاستغلاله إلا برضاء الراهن .

ويبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل فإن أخل الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية ، كان للراهن أن يطلب وضع الشئ تحت الحراسة كما يجوز له أن يرد الدين فيسترد الرهن ، فإذا لم يكن للدين فوائد رده بعد خصم الفائدة بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم الحلول "[(٢)] .

٣٣١- صفة المرتهن فى استثمار الشئ المرهون :

يذهب رأى فى الفقه أيده قضاء محكمة النقض أن الدائن يعتبر وكيلا عن الراهن فى إدارة المال المرهون واستغلاله [(٣)].

---

(١) السنهورى ص ٦٤٧ – محمد على إمام ص ٥٣٣ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢١٩ .
(٣) محمد على إمام ص ٥٢٨ .

فقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إن دين الموكل قبل موكله لا تبدأ مدة تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما ، إذ هذا الدين قبل ذلك احتمالى لايلحقه السقوط . والدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر قانونا وكيلا عن صاحب العين المرهونة فى إدارتها واستغلالها وقبض ريعها ، وعليه أن يقدم للراهن حسابا مفصلا عن ذلك . فمبدأ مدة تقادم دينه قبل الراهن هو بعينه المبدأ بالنسبة للوكيل مع الموكل ".

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/١٧)

٢- " الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن فى استغلال إدارة العين المرهونة وقبض ريعها وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حسابا مفصلا عن ذلك ، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما " .

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

مـادة (١١٠٧)

يرد الدائن الشئ المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه . وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات .

الشـرح

٣٣٢- الالتزام برد العين المرهونة :

يقع على عاتق الدائن المرتهن أو الأجنبى الذى اتفق عليه الطرفان التزام برد الشئ المرهون عند انتهاء الرهن .

وإذا كان النص لم يشر إلا إلى الزام الدائن المرتهن برد الشئ المرهون بعد استيفاء كامل حقه ، إلا أن الالتزام بالرد يقوم حيث ينقضى حق الرهن . سواء كان انقضاؤه بصفة تبعية أى تبعا لانقضاء الدين المضمون لأى سبب من الأسباب كالوفاء أو المقاصة وغيرهما أو كان انقضاء الرهن بصفة أصلية كما لو انقضى بفسخ عقد الرهن أو بالنزول عن الرهن أو بقيام خطر يهدد الشئ المرهون فيسترده الراهن على أن يقدم مكانه تأمينا آخر .

كما أنه قد يتفق على تجزئة الرهن فيلتزم الدائن برد جزء من الأشياء المرهونة يقابل ما حصل الوفاء به من الدين[1] .

ويلتزم المرتهن برد الشئ المرهون وملحقاته بالحالة التى كان عليها وقت التسليم .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٦٠ – محمد على إمام ص ٥٣٤ .

وإذا كان المرهون قد هلك بتقصير المرتهن فإنه يلتـزم بـرد قيمته . أما إذا كان قد هلك قضاء وقدرا أو بفعل الغير فإنه لا يلزم برد شئ . ولكن إذا حصل على تعويض من الغير وجب عليـه أن يدفع قيمته للراهن . وهو بالطبع يرد مع الشئ ملحقاته وكل زيـادة تكون قد طرأت عليه أثناء الرهن .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يبقى الحق فى حبس المرهون مادام الدين وملحقاتـه مـن فوائد ومصروفات وتعويضات لم يدفع . فإذا بقى شئ من ذلـك ، ولو قليلا ، بقى الحق فى الحبس . أما إذا تم الوفاء به كله انقضـى الرهن والحبس والتزم المرتهن برد المرهون . ونفقات الرد علـى الراهن إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . وقد جعلت على الراهن مع أنه هو الدائن بالرد ، لا المدين به ، تغليبا للمبدأ الذى يجعل الراهن هو الذى يتحمل نفقات الرهن جميعاً .

٢- ويلتزم الدائن المرتهن فى حـالات خاصـة بـرد الشـئ المرهون قبل وفاء الدين كما إذا وجد خطر يهدد الشئ فللـراهن أن يسترده إذا قدم تأمينا آخر ، وكما إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشئ المرهون فللراهن أن يطلب وضعه تحت الحراسة ، وكما إذا وقع الرهن على عدة أشياء منفصلة وكان كل منها ضامناً لجزء من

الدين فإن الرهن فى هذه الحالة يتجزأ ، وإذا وفى جزء من الدين استرد الراهن ما يقابل هذا الجزء من الأشياء المرهونة " [١].

٣٢٣- مطالبة الراهن برد الشئ المرهون :

الراهن سواء كان مالكا أم غير مالك له المطالبة برد العين المرهونة بدعوى شخصية أساسها عقد الرهن . وهى تتقادم بمضى خمس عشرة سنة من يوم ثبوت التزام الدائن برد المرهون .

فإذا كان الراهن مالكا للمرهون جاز له فضلا عن الدعوى الشخصية ، أن يطالب بالشئ المرهون بدعوى عينية هى دعوى الملكية أو دعوى الاستحقاق ، وهى لا تسقط بالتقادم مهما طال الزمن[٢] .

والمعلوم أن الدائن مجرد حائز عرضى بالنسبة لحق الملكية ، ومن ثم لا يتملك الشئ المرهون بوضع اليد طوال مدة الرهن إلا ذا تغيرت صفة حيازته بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك (م ٩٧٢) .

وأخيرا فإن الدائن قد ترفع عليه الدعوى الجنائية إذا كان المرهون منقولا وقام بتبديده .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٢٣ .

(٢) أحمد سلامه ص ٣٨٣ – محمد على إمام ص ٥٣٥ – نعمان جمعه ص ١٨٣ وما بعدها .

٣٣٤- استحقاق الدائن مقابل التحسينات :

إذا أدخل المرتهن تحسينات على الشئ المرهون كان له محاسبة الراهن عليها فى حدود ما زاد فى قيمة الشـئ وإن ترتـب علـى التحسينات زيادة فى الأجرة حوسب المرتهن على تلك الزيـادة ، إذ أنه استوفى ما يقابل التحسينات فإن كانت المصروفات كمالية فـلا يستحق عنها شئ [١].

٣٣٥- نفقات الـرد :

نفقات رد المرهون على الراهن إلا إذا اتفق على خلاف ذلك .

وعلة هذا الحكم أن الدائن وإن كان هـو الملـزم بـالرد إلا أن المبدأ العام الذى جرى عليه المشرّع هو أن الراهن يتحمل نفقـات الرهن جميعا (م١١١١) [٢].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٣٠ .

(٢) أحمد سلامه ص ٣٨٢ ومابعدها .

مــادة (١١٠٨)

يسرى على رهن الحيـازة أحكـام المـادة ١٠٥٠ المتعلقـة بمسئولية الراهن غير المدين وأحكـام المـادة ١٠٥٢ المتعلقـة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون إجراءات .

الشــرح

٣٣٦- مسئولية الراهن غير المدين :

أحالت المادة على أحكام المادة (١٠٥٠) الواردة فـى الـرهن الرسمى فى شأن مسئولية الراهن غير المدين .

ونحيل فى ذلك إلى شرح هذه المادة .

٣٣٧- شرط التملك عند عـدم الوفـاء وشـرط البيـع دون إجراءات :

أحالت المادة فى ذلك إلى المادة (١٠٥٢) الواردة بشأن الرهن الرسمى فنحيل إليها فى ذلك .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ليس للدائن المرتهن حيازيا أن يتملك المال المرهون بمجـرد عدم الوفاء بالدين عند حلول أجله ولا أن يبيـع ذلـك المـال دون مراعاة للإجراءات المقررة .

شرط التملك عندعدم الوفاء وكذلك شرط البيع دون إجراءات – يغلب وقوعهما فى الرهن الحيازى – حكمهما فيه هو حكمهما فـى الرهن الرسمى وقد تقدم ذكر ذلك " [١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٢٦ .

٢ـ بالنسبة إلى الغير
مـادة (١١٠٩)

١- يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشئ المرهـون فى يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان .
٢- ويجوز أن يكون الشئ المرهون ضامنا لعدة ديون .

الشـرح

نفاذ الرهن فى حـق الغيـر :

٣٣٨- المقصود بالغير :

المقصود بالغير بصدد نفاذ حق الرهن الحيازى هو ذات الغيـر بصدد نفاذ حق الرهن الرسمى ، وهو كل شخص له حق يضار من وجود الرهن الحيازى ، بما يخوله للمرتهن من حق حـبس وحـق تقدم وتتبع فيدخل فى هذه الطائفة كل فئة الدائنين العاديين وكل من تقرر له تأمينا عينيا على العين المرهونة وكل من اكتسب عليها حقا عينيا أصليا .

(راجع في التفصيل شرح المادة (١٠٥٣) .

٣٣٩- انتقال الحيازة شرط لنفاذ الرهن الحيازى بالنسـبة للغير :

الحيازة شرط يجب توافره لنفاذ الرهن الحيازى فى حق الغيـر أيا ما كان المال المرهون ، يستوى أن يكون عقارا أو منقـولا ، أو أى نوع من المنقول .

ومعنى الحيازة انتقال حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى أجنبى يرتضيه الطرفان . وفى إنابة مثل الشخص الأجنبى[1] مصلحة للراهن ومصلحة للمرتهن . أما الراهن فيستطيع أن يرهن المال مرة ثانية لدائن آخر ويتولى هذا الأجنبى الحيازة نيابة عن الدائنين معا . وأما المرتهن فيتخلص من التزامه بالحفظ والصيانة والإدارة ، ويعهد بكل ذلك إلى الأجنبى .

على أنه جدير بالملاحظة أن الحيازة التى تنتقل إلى المرتهن أو إلى الأجنبى هى الحيازة العرضية ويترتب على ذلك أولا ، أن المرتهن لا يمكن أن يكتسب ملكية المال المرهون بالتقادم إلا إذا عارض حق المالك ، أى غير سند حيازته .

ويترتب على ذلك ثانيا ، أنه لو كان المال المرهون غير مملوك للراهن ، وتوافرت شروط اكتساب المال بالتقادم ، فإن التقادم يتم

---

(١) وكانت المادة (١٥٣٠) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٠٩٦) تستعمل عبارة " إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان " . وفى لجنة المراجعة استبدلت عبارة " إلى عدل يعينه المتعاقدان " بالعبارة المذكورة وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض سعادة السنهورى باشا على استعمال لفظ " عدل " فرأت اللجنة إبداله بلفظ أجنبى لأنه وإن كان التعبير بالعدل اصطلاح شرعى إلا أنه يعطى فكرة عن شروط يجب توافرها فيمن يودع عنده المال ، وهذا ليس المطلوب إنما الغرض هو أن يكون شخصا آخر (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ١٩١ ومابعدها) .

لمصلحة الراهن وليس لمصلحة المرتهن ، إذ الحيازة القانونية تكون للأول .

وهذه الحيازة تحقق هدفين فى رهن المنقول ، وتحقق هدفا منهما فى رهن العقار .

فهى أولا تعتبر أداة لإعلام الغير أن المنقول لم يعد محررا ، أى أداة لإشهار حق الدائن المرتهن بما يحمله من حبس وتقدم وتتبع . وهى ثانيا تمكن المرتهن من الحصول على ثمار المنقول وخصمها من مستحقاته بالشكل الذى ذكرناه فى موضعه .

أما بالنسبة للعقار فهى لا تقوم بوظفيه الشهر ، إذ رهن العقار لابد أن يقيد حتى ينفذ فى حق الغير ، وهذا القيد هو الذى يعتبر أداة الشهر ، ولذا أجاز المشرع فى حالة رهن العقار أن يؤجر الدائن المرتهن العقار إلى الراهن ، وبذلك تظل الحيازة لهذا الأخير ، ولايمنع هذا من نفاذ الرهن فى حق الغير بشرط أن يعلم الغير بأن وجود العقار فى يد الراهن إنما هو على سبيل الإيجار . ويتم هذا عن طريق إشهار الإيجار إما بذكر هذا فى القيد ذاته ، وإما بالتأشير به فى هامش القيد إذا اتفق عليه بعد الرهن مع مراعاة أن هذا التأشير لا يكون ضروريا إذا جدد الإيجارتجديدا ضمنيا (م١١١٥) [١] .

---

(١) أحمد سلامه ص ٣٨٨ ومابعدها – توفيق حسن فرج ص ٢٤٢ ومابعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويكون التسليم عادة للدائن المرتهن . ولكن قد يبقى الشئ فى الحيازة المشتركة لكل من الراهن والمرتهن أو يسلم لأجنبى يكون نائباً فى الحيازة ويسمى عدلا . ويستطيع العدل أن ينوب عن مرتهنين متعددين لنفس الشئ ، بل يستطيع أحد الدائنين المرتهنين أن يحوز الشئ أصيلا عن نفسه بصفته مرتهناً، ونائباً عن غيره بصفته عدلا ، فوجود الشئ المرهون فى حيازة العدل يمكن الراهن إذن من أن يرهن الشئ رهن حيازة أكثر من مرة "[1] .

٣٤٠- شروط الحيازة :

يشترط فى الحيازة كشرط لنفاذ الرهن فى حق الغير ما يأتى :

١- أن تكون ظاهرة لاخفاء فيها ولا غموض . ولهذا لايصح أن يحوز الراهن الشئ المرهون نيابة عن الدائن كأن يستأجره منه أو يستعيره أو يعهد بإدارته إلى الراهن بصفته شريكا للدائن المرتهن، مع ملاحظة ما ذكرناه سلفا بالنسبة لتأجير لعقار .

ومعنى ظهور الحيازة أن يكون هناك من الدلائل ما يفيد انتقال المال المرهون إلى المرتهن بشكل لا يثير أى شك أو غموض ، ولا يدع الراهن يفيد من المال فى زيادة ائتمانه باعتبار هذا المال حرا لا قيد يرد عليه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص٢٢٨ .

وتطبيقا لشرط الظهور لا يكفى أن يكون فى إمكان المرتهن أن يستولى على المال دون عائق . بل يجب أن يستولى عليه فعــلا . ولايكفى أيضا كقاعدة عامة أن يترك المال فى يد الراهن على سبيل الاستئجار ولكن يكفى أن يستمر المال فى يد المرتهن الــذى كــان يستأجره من قبل . ويراعى من ناحيــة أخــرى ، أنــه وإن كــان الاستيلاء المادى على الشئ هو الذى يفيد السيطرة الفعلية عليــه ، ويحقق شرط الظهور فإن هذه السيطرة قــد تتحقــق دون ذلــك . فحيازة سند الإيداع ، أو سند الشحن ، تحقق السيطرة والظهور مع أن الشئ المرهون نفسه ليس فى حيازة المرتهن وكذلك حيازة السند المثبت للدين يفيد حيازة الدين حيازة ظاهرة[1] .

٢- أن تكون الحيازة مستمرة :

لكى يظل الرهن ساريا فى حق الغير يجب أن تستمر الحيــازة بعيدة عن يد الراهن . فإذا عاد المرهون إلى يــد الــراهن أصــبح الرهن غير نافذ فى حق الغير .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ١١٠٠) .

٣٤١- ضمان الشئ لعدة ديون :

يجوز أن يكون الشئ المرهون ضامنا لعدة ديون .

وفى هذه الحالة ، يتفق الأطراف على (عدل) أى أجنبى يكون

---

(١) أحمد سلامه ص ٣٨٩ ومابعدها .

نائبا فى الحيازة ، عن دائنين متعددين بل يستطيع أحد الدائنين المرتهنين أن يحوز الشئ أصلا عن نفسه بصفته مرتهنا ونائبا غيره بصفته عدلا[١] .

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص٢٢٨.

مـادة (١١١٠)

١- يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشئ المرهون عن الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون .

٢- وإذا خرج الشئ من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة .

الشـــرح

٣٤٢- الحق فى حبس الشئ المرهون :

يختلف الرهن الحيازى عن الرهن الرسمى من حيث نقل الحيازة ، ولهذا يخول الرهن الحيازى لصاحبه الحق فى حبس الشئ المرهون والامتناع عن التخلى عنه طالما ظل الرهن قائما ، وإلى أن يستوفى حقه كاملا ، وذلك سواء كان هذا الدين قابلا للتجزئة أو لم يكن وسواء كان الشئ المرهون قابلا للإنقسام أو غير قابل له . ذلك لأن الرهن يبقى حتى يوفى الدين كله ، لأن الرهن نفسه غير قابل للتجزئة ، فأى شئ يبقى من الدين يكون مضمونا بكل الرهن ، إلا أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام ويجوز للطرفين الاتفاق على خلاف ذلك[١] .

---

(١) السنهورى ص ٦٦٨ ومابعدها .

وإذا كان الشئ فى حيازة (العدل) أوفى حيازة من عينته المحكمة ، فعليه كذلك أن يحبس الشئ إلى حين استيفاء الدائن كامل حقه ، وإلا اعتبر مسئولا عما يلحق الدائن من ضرر .

وحق الدائن المرتهن فى حبس الشئ يكون بالنسبة للدين المضمون بالرهن فقط ، فلا يكون له أن يحبس الشئ المرهون بسبب دين آخر على الراهن .

٣٤٣- نطاق حق الحبس :

الحبس هنا مقرر للدائن المرتهن كإحدى السلطات التى يتضمنها حقه العينى ، وهو بهذه المثابة يختلف عن الحق فى الحبس الذى تكلم عنه المشرع فى القواعد العامة للالتزامات كوسيلة من وسائل الضمان التى تكفل حقوق الدائن العادى (م٢٤٦- ٢٤٨) .

وللدائن حبس المرهون فى مواجهة الناس كافة ، فهو يحتج بالحبس فى مواجهة الراهن سواء أكان المدين أو غيره فطالما أن الدائن لم يستوف كامل حقه المضمون بالرهن فإن الراهن لايستطيع المطالبة بالمرهون حتى ولو كان ذلك بسبب أنه غير مملوك له ويرغب فى رده إلى مالكه .

كذلك يحتج الدائن بحق الحبس فى مواجهة الغير بشرط أن يكون حقه نافذا فى مواجهتهم . فهو يحبس العين فى مواجهة المالك الحقيقى إذا كان الراهن غير مالك مادام يستطيع التمسك بحق الرهن بناء على قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ومع استثناء حالة المنقولات المسروقة أو الضائعة .

وهو يحتج بالحبس أيضا فى مواجهة مشترى المرهون ، كما يجوز له ذلك بالنسبة إلى دائن مرتهن آخر وكذلك بالنسبة لدائنى الراهن العاديين[١] .

غير أنه لايصح الاحتجاج بالحبس فى مواجهة الدائنين السابقين أى أصحاب الحقوق التى حفظوها وفقا للقانون . فمثلا إذا اشترى شخص عقارا وسجل عقده ثم قام البائع برهنه رهنا حيازيا إلى دائن مرتهن تسلمه فعلا فإن هذا الأخير لايستطيع الاحتجاج بحقه فى مواجهة المشترى الذى انتقلت إليه ملكية العقار قبل نفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير ، كذلك الشأن إذا كان فى الحبس إضرار بدائن متقدم فى المرتبة كمرتهن حيازى آخر سابق فى المرتبة أو دائن له حق امتياز نافذ فى مواجهة الدائن المرتهن .

إنما لا يحول حق الحبس دون أن يقوم أى دائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على المال المرهون .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فللدائن المرتهن أن يحبس الشئ فى مواجهة الراهن ، وقد سبق ذكر ذلك وله أن يحبسه فى مواجهة الغير ، كمشتر لعقار مرهون سجل البيع بعد قيد الرهن ، أو مشتر لمنقول مرهون وتاريخ الرهن الثابت أسبق من تاريخ البيع . ويحبسه كذلك فى

---

(١) محمد على إمام ص ٥٣٨ ومابعدها – أحمد سلامه ص ٣٩٦ ومابعدها.

مواجهة الغير من الدائنين المتأخرين عنه فى المرتبة . فإذا رهن الراهن الشئ مرة ثانية ، رهن حيازة أو رهنا رسميا فى العقار ، فإن للمرتهن الأول أن يحبس العين عن المرتهن الثانى . ولكن إذا نفذ الثانى على العين وباعها فى المزاد فقد كان مقتضى حق المرتهن الأول أن يحبس العين عن الراسى عليه المزاد . وهذا هو الحكم فى التقنين الحالى فعدل المشروع من هذا الحكم الذى يشل من حقوق الدائنين . وقرر أن رهن الحيازة ينقضى إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلنى بيعاً جبرياً (م ١٥٤٤ من المشروع) وبانقضاء الرهن ينقضى الحبس ، ويلتزم المرتهن الأول أن يسلم العين للراسى عليه المزاد ، على أن يستوفى حقه من الثمن قبل المرتهن الثانى طبعاً . أما إذا كان الذى باع العين فى المزاد هو المرتهن الأول ، فبديهى أن المرتهن الثانى إذا كان رهنه حيازيا لايستطيع الاحتجاج بحق الحبس ، ويجب أن يسلم العين للراسى عليه المزاد ، ثم هو يستوفى حقه من الثمن بعد المرتهن الأول"[١] .

٣٤٤- هل يجوز للدائن المرتهن أن يحبس المرهون عن الراسى عليه المزاد ؟

من المعروف أن الرهن لايخرج العين عن ملك الراهن ، وبالتالى عن الضمان العام لدائنيه . ولذلك فإنه يجوز لهؤلاء

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٣٥ .

الدائنين أن ينفذوا عليه ، وكذلك المرتهن نفسه أن يباشر إجـراءات التنفيذ لاستيفاء حقه . فإذا جرى التنفيذ الجبرى على المال المرهون إما بناء على طلب المرتهن نفسه أو على طلب دائنـى الـراهن ، ورسا المزاد على شخص ما ، فهل يستطيع المرتهن رهن حيـازة أن يتمسك بالحق فى الحبس قبل الراسى عليه المزاد ؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب التمييز بين ما إذا كـان طالـب التنفيذ هو المرتهن أو غيره .

(أ) فإذا جرى التنفيذ بناء على طلب المرتهن نفسه ، فلا يحق له أن يحبسه عن الراسى عليه المزاد . وكل ماله مـن حـق هـو أن يباشر عندئذ حقه فى الأفضلية على الثمن .

وليس للدائن المرتهن عندئذ حبس الشئ المرهون ولو كان الثمن الراسى به المزاد لا يكفى بالوفاء بدينه . فالمرتهن بالتنفيـذ علـى العين المرهونة قد نزل بذلك عن حقه فى حبسها .

ويطبق هذا الحكم سواء كان المرهون المبيع جبـراً عقـاراً أو منقولا .

(ب) أما إذا جرى التنفيذ بناء على طلب دائن آخر غير الـدائن المرتهن رهن حيازة . فقد كان الحكم المقرر فى ظل القانون المدنى القديم أنه يجوز للمرتهن أن يحبس المال المرهون عن الراسى عليه المزاد حتى يستوفى كامل حقه .

وقد كان مشروع القانون المدنى الجديد يتضمن نصاً هو المادة ١٥٥٤ منه ينص على أنه ينقضى الرهن الحيازى إذا بيعت العين المرهونة بيعاً جبرياً . فبمقتضى هذا النص كان البيع الجبرى من شأنه أن يطهر العين المرهونة من الرهن الحيازى كما يطهرها من الرهن الرسمى . غير أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لأنها لم تقر تطهير العقار من الرهن الحيازى فى حالة عدم وفاء ثمن المبيع بدين المرتهن وآثرت الإبقاء على ما كان يقضى به القانون القديم فى هذا الشأن . ومع ذلك وردت نصوص فى القانون المدنى الجديد يمكن أن يفهم منها أن رسو المزاد على إثر البيع الجبرى يطهر العقار من الرهون الحيازية كما يطهره من الرهون الرسمية (راجع المواد ١٠٦٤ ، ١٠٦٥ ، ١٠٦٦ ، ١٠٦٧ ، ١٠٧٠ ،١٠٧٥) . وهذا المواد تشير إلى تطهير العقارمن الحقوق المقيدة ، والرهن الحيازى من هذه الحقوق .

وبعد صدور القانون المدنى الجديد صدر قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (الملغى) وفيه جاءت المادة ٦٩٠ قاطعة فى أنه يترتب على تسجيل حكم رسو المزاد أو التأشير به تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية التى أعلن أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع وأخبروا بتاريخ جلسته ، ولا يبقى لهؤلاء إلا حقهم فى الثمن . وبناء على ذلك

أصبح من أثر البيع الجبرى أن يطهر العقار من الرهن الحيازى ، ولم يعد للدائن المرتهن رهن حيازة حق فى حبس العقار المرهون عن الراسى عليه المزاد ، ولو لم يستوف كامل حقه ، وسواء كان البيع بناء على طلب الدائنين التالين له أو اللاحقين عليه أو الدائنين العاديين . وينتقل حقه على ثمن العقار المبيع ، يستوفى منه دينه وفقاً لترتيب نفاذ الرهن في حق الغير .

ونص قانون المرافعات الجديد الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى المادة ٤٥٠ مطابق لنص المادة ٦٩٠ من قانون المرافعات السابق .

هذا إذا كان المرهون محل البيع الجبرى عقاراً . فإذا كان منقولا ، فإن بيعه بيعاً جبرياً لايؤدى – كقاعدة عامة – إلى تطهيره من الحقوق الواردة عليه . ذلك أن بيع المنقول يتم – بعكس بيع العقار – دون إشراك الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية فى إجراءاته . ولذلك لم يتضمن قانون المرافعات نصاً على تطهير المنقول كأثر للبيع الجبرى .

وبناء على ذلك يجوز للدائن المرتهن للمنقول رهن حيازة أن يحبس المنقول المرهون على الراسى عليه المزاد ، حتى يستوفى كامل حقه . ويستثنى من هذا الحكم حالتان لايجوز فيهما للمرتهن رهن حيازة التمسك فيهما بحقه .

الأولى ، هى حالة ما إذا كان طالب التنفيذ على المنقـول هـو الدائن المرتهن نفسه ، أو كان قد اشترك فى التنفيذ . فقد سبق القول بأنه يعتبر فى هذه الحالة متنازلا عن حقه فى الحبس .

والثانية ، هى حالة ما إذا كان طالب التنفيذ دائناً آخر له حـق على المنقول متقدم فى المرتبة على الدائن المرتهن ، سـواء كـان طالب التنفيذ دائناً مرتهناً آخر أو صاحب حق امتياز على المنقول. ذلك أن الرهن الحيازى لا يكون فى هذه الحالة سارياً فى مواجهـة طالب التنفيذ ، ومن ثم لايجوز الاحتجاج به ضـد الراسـى عليـه المزاد .

ففى هاتين الحالتين يتطهر المنقول من الرهن الحيازى ولايحتج على الراسى عليه المزاد بحق الحبس .

ومعنى هذا أن الدائن المرتهن للمنقول لا يستطيع التمسك بحقـه فى الحبس قبل الراسى عليه المزاد إلا إذا جرى التنفيذ بناء علـى طلب دائن عادى أو دائن متأخر عن الـدائن المـرتهن الحـابس . عندئذ يجوز له أن يمتنع عن تسليم المنقول إلى الراسى عليه المزاد حتى يستوفى كامل حقه [١].

٣٤٥- خروج الشئ من يد الدائن دون إرادته أو علمه :

إذا خرج الشئ المرهون من يد الدائن المرتهن دون إرادتـه أو دون علمه ، وسواء فى ذلك ذهب المرهون إلى يد الراهن أو إلـى

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٧٣ ومابعدها .

يد الغير ، فإن للمرتهن فى هذه الحالة أن يسترد المرهـون ممـن يكون فى يده . ما لم يستطع الحائز أن يحتمـى وراء حيازتـه . إذ يجب علي الدائن المرتهن أن يحترم ما قد يكون الغير قـد كسـب بحسن نية علي الشئ من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهـن ، إذا كانت هذه الحقوق نافذة فى حق الدائن المرتهن[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وكما أن للدائن المرتهن إذا لم يستوف الدين أن يسترد الشـئ من الراهن إذا هو عاد إليه ، فإنه يستطيع كذلك أن يسـترده مـن الغير إذا خرج الشئ من يده غصباً دون إرادته ، أو خلسـة بغيـر علمه دون إخلال بما قد يكون الغير قد كسب من حقوق عينية على الشئ ، إذا كانت هذه الحقوق نافذة فى حق المرتهن "[2] .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٢٤ – السنهورى ص ٦٧٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٣٥ .

مـــادة (١١١١)

لا يقتصر الرهن الحيازى على ضمان أصل الحق وإنما يضمن أيضا وفى نفس المرتبة ما يأتى :

(أ) المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على الشئ.

(ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشئ .

(ج) مصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء .

(د) المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى .

(هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء فـــى المـــادة ٢٣٠ .

الشــــرح

٣٤٦- ما يضمنه الرهن الحيازى :

لا يقتصر الرهن الحيازى على ضمان أصـــل الحـــق ، وإنمـــا تضمن أيضا ملحقات أصل الحق ، وفى نفس مرتبته .

وهذه الملحقات حددتها المادة على النحو الآتى :

١- المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على الشئ :

والمقصود بها نفقات حفظ المرهون وإصلاحه . وقد رأينا عنـــد تناول التزام الدائن باستغلال المرهون أن هذه المصروفات تخصـــم من الثمار . فإذا لم تستوف من الثمار كان للدائن أن يقتضيها مـــن ثمن المرهون بنفس مرتبة الدين الأصلى .

وهذا النص قاصر على المصروفات الضرورية ، ومن ثم فهو لاينطبق على المصروفات النافعة التى تطبق بشأنها القواعد العامة وهى تعطى الحق لمن يصرفها فى أن يحبس الشئ ويمتنع عن تسليمه حتى يستوفى ما هو مستحق له (م٢٤٦) .

٢- التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشئ:

فإذا كان المرهون حيوانا مصابا بمرض وترتب على حيازة الدائن له بناء على الرهن انتقال العدوى إلى ماشيته كان الراهن مسئولا عن ذلك بناء على قواعد المسئولية التقصيرية ، ويصبح الرهن ضامنا بمرتبته للتعويض المستحق[١] .

٣- مصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء :

فإذا كان الالتزام المضمون ناشئا عن قرض مثلا ، كانت مصروفات عقد القرض مضمونة بالرهن ، بجانب مصروفات عقد الرهن ذاته .

وإذا كان المرهون عقارا ، كانت مصروفات القيد وتجديده مضمونة بالرهن كذلك[٢] .

وإذا كان الدائن المرتهن قد دفعها ، فإنه يرجع بها على المدين الراهن أو على المدين والراهن [٣].

---

(١) محمد على إمام ص ٥٤٢ ومابعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١١٩ .

(٣) السنهورى ص ٦٥٩ – محمد لبيب شنب ص ٢٧١ .

٤- المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى :

ومثل ذلك النفقات التى يتكبدها المرتهن فى سبيل تسلم المرهون عند قيام الرهن ثم رده عند انقضاء الرهن .

وكالأجر المستحق للدائن المرتهن نظير قيامه بإدارة الشئ المرهون واستثماره إذا اتفق فى العقد - على خلاف الأصل - على استحقاقه أجرا [(١)].

٥- جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء فى المادة ٢٣٠:

فجميع الفوائد المستحقة عن الدين تكون مضمونة بالرهن ، وفى نفس مرتبة أصله . ويلاحظ أن هناك فرقا بالنسبة إلى مرتبة الفوائد ، بين الرهن الرسمى والرهن الحيازى . فالرهنان يتفقان فى أن كلا منهما يضمن جميع الفوائد المستحقة عن الدين إلى وقت رسو المزاد . ولكنهما يختلفان فى المرتبة التى تثبت للفوائد التى يضمنها كل منهما ، فالرهن الرسمى - كما رأينا - لا يضمن فى نفس مرتبة أصل الدين إلا الفوائد التى تذكر فى قائمة القيد ، وفوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، والفوائد التى تستحق بعد هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد ، أما الفوائد الأخرى فلا يضمنها القيد الأصلى ، ولا تثبت مرتبتها إلا من تاريخ القيد التكميلى الذى يجرى عنها بعد استحقاقها (م١٠٥٨/٢).

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٧١ .

أما الرهن الحيازى فيضمن فى نفس مرتبة أصل الـدين كـل الفوائد التى تستحق إلى يوم رسو المزاد . وهذا ظاهر مـن قـول الشارع إن الرهن الحيازى يضمن فى نفس مرتبة الرهن " جميـع الفوائد المستحقة " .

والعلة التى أدت بالمشرع إلى تمييز الرهن الحيازى على هـذا النحو هى أن للمرتهن الحيازى الحق فـى أن يسـتوفى الفوائـد المستحقة كلها من غلة المرهون .

وكما هى الحال فى الـرهن الرسـمى ، لا يضـمن الـرهن الحيازى الفوائد، إلا إذا كان الدين منتجا لها بحسب القواعد العامة ، وبشرط أن تذكر هى وسعرها فى عقد الرهن ، فضلا عن ذكر ذلك فى قائمة القيد ، إذا كان المرهون عقارا(١) .

أما عما جاء فى المادة ٢٣٠ مدنى ، فهى تنص على أن :

" عند توزيع ثمن الشئ الذى بيـع جبـرا لا يكـون الـدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عـن الأنصبة التى تقررت لهم فى هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليـه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمـة ملزمـة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضـاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسـى

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦١٩ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٤٨٩.

عليه المزايد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرماء " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وللدائن المرتهن حيازة أن يتقدم على غيره من الدائنين التالين له فى المرتبة عند استيفاء حقه من ثمن المرهون . وتتحدد مرتبته فى العقار بتاريخ القيد وفى المنقول بالتاريخ الثابت للرهن ، ويضمن الرهن فى نفس المرتبة الدين الأصلى والنفقات الضرورية التى صرفها الدائن فى المحافظة على الشئ ، وله حق الرجوع بها لا بناء على عقد الرهن بل بناء على الإثراء بلا سبب ، ولكنها مع ذلك تضمن بالرهن لعلاقتها الظاهرة به ويضمن الرهن كذلك التعويض عن الأضرار الناشئة عن عيب فى المرهون ، وهذه مصدرها العمل غير المشروع ولكنها تضمن بالرهن للعلاقة الظاهرة ، ومصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن وقيده ، والمصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى ، والفوائد التى نص فى العقد على سعرها وعلى مبدأ سريانها (بخلاف الرهن الرسمى فلا يضمن إلا فوائد سنتين سابقتين على تسجيل التنبيه) وذلك لأن المرتهن حيازة من حقه أن يستوفى الفوائد كلها من غلة العين وجميع فوائد التأخير إلى يوم رسو المزاد . أما بعد رسو المزاد فلا يستحق للدائن فوائد تأخير إلا إذا كان الراسى عليه

المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزينة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد على النحو الذى جاء فى المادة ٣٠٨ من المشروع "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٣٥ ومابعدها .

الفصل الثالث
انقضاء الرهن الحيازى
مـادة (١١١٢)

ينقضى حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته .

الشـرح

٣٤٧- انقضاء حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين المضمون :

ينقضى حق الرهن الحيازى – كالشأن فى الرهن الرسمى – بانقضاء الدين المضمون لوجود علاقة تبعية بين الرهن والدين .

فإذا انقضى الدين المضمون بأى سبب من الأسباب كالوفاء أو المقاصة أو الإبراء أو اتحاد الذمة انقضى الرهن معه .

ويلاحظ أن الراهن إذا كان هو المدين فإن الالتزام الأصلى لا ينقضى بالتقادم طالما أن المرهون تحت يد الدائن المرتهن حيث يعتبر ذلك إقرارا ضمنيا بوجود الدين ينقطع به التقادم (م٣٨٤) .

وبالطبع يلزم أن يكون انقضاء الدين الأصلى كليا ، فإذا تبقى منه جزء بقى المرهون بأكمله ضامنا للوفاء به .

٣٤٨- عودة الرهن إذا زال السبب الذى انقضى به الدين :

يجب لانقضاء الرهن بانقضاء الدين الأصلى ، أن يكون انقضاء الأخير نهائيا .

أما إذا زال السبب الذى ترتب عليه عاد الالتزام المضمون من جديد وعاد معه الرهن تبعا . فمثلا إذا تقرر إبطال عقد الرهن لصدوره من غير ذى أهلية وحصول ضرر منه للموفى أو لحصوله بشئ غير مملوك له أو زوال سبب اتحاد الذمة أو بطلان الإبراء لحصوله من غير ذى أهلية يعود الدين المضمون ويعود معه الرهن تبعا لذلك . على أن عودة الرهن فى هذه الحالة لا يمكن أن تضر بالحقوق التى يكون الغير قد اكتسبها بحسن نية فى الفترة ما بين انقضاء الالتزام المضمون وعودته ، شأن الرهن الحيازى فى هذا شأن الرهن الرسمى تماما . فإذا اشترى شخص مثلا العقار المرهون بحسن نية وسجل عقده فى خلال هذه الفترة فإن الرهن الذى يعود لا يضر به ولا يسرى فى مواجهته .

والرهن لا ينقضى بانتقال الالتزام المضمون كما هو الحال فى حوالة الحق المضمون ، حيث يظل الرهن ضامنا له فى يد الدائن الجديد .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينقضى رهن الحيازة بطريقة تبعية يانقضاء الدين المضمون . على النحو المبين فى الرهن الرسمى "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٣٩ .

٣٤٩- تزاحم المرتهن الحيازى مع غيره :

للمرتهن الحيازى – كما ذكرنا سلفا – الحق فى أن يقتضى دينه بالتقدم. والتقدم يستلزم المزاحمة . والمرتهن إما يتزاحم مع غيره من دائنى الراهن العاديين ، أو مع من يكون دينه مضمونا بحق على المرهون .

فإذا تزاحم المرتهن الحيازى مع دائنى الراهن العاديين ، تقدم عليهم ، بشرط أن يكون رهنه ساريا فى مواجهتهم .

وإذا تزاحم المرتهن الحيازى مع مرتهن حيازى آخر لنفس الشئ ، تقدم منهما من يكون سابقا فى المرتبة ، تطبيقا لقاعدة السابق فى التاريخ يتقدم فى القانون .

مع ملاحظة أن مرتبة الرهن الحيازى فى العقار تتحدد بانتقال الحيازة والقيد ، وتتحدد فى المنقول المادى بانتقال الحيازة والتاريخ الثابت لعقد الرهن ، وتتحدد فى الديون بانتقال حيازة السند وبالتاريخ الثابت لإعلان الرهن أو قبوله .

وإذا تزاحم مرتهن العقار رهنا حيازيا مع مرتهنه رهنا رسميا أو مع صاحب حق الاختصاص أو صاحب حق الامتياز الخاص عليه ، ثبتت الأفضلية للسابق فى المرتبة ، مع ملاحظة أن مرتبة المرتهن الرسمى وصاحب حق الامتياز الخاص العقارى تتحدد

بتاريخ القيد ، وأن مرتبة المرتهن الحيازى للعقار تتحدد بالتـــاريخ الذى يتوافر فيه قيد الرهن وانتقال الحيازة[١] .

وسنبين حكم التزاحم بين المرتهن الحيازى وبين من يكون لـــه على المرهون حق امتياز عام أو حق امتياز خـــاص منقـــول فـــى موضعه من الكتاب .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٢٧ وبعدها .

مــادة (١١١٣)

ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية :

(أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية فـــى إبراء ذمة المدين من الدين . ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنا من تخلى الدائن باختياره عن الشئ المرهون ، أو من موافقته علـــى التصرف فيه دون تحفظ ، على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا أقره .

(ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازى مع حق الملكية فـــى يـد شخص واحد .

(ج) إذا هلك الشئ أو انقضى الحق المرهون .

الشـــرح

٣٥٠ـ انقضاء الرهن الحيازى بصفة أصلية :

ينقضى الرهن الحيازى بصفة أصلية أى مستقلا عــن الــدين بالأسباب الآتية :

السبب الأول : إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين :

فللدائن المرتهن أن ينزل عن حق الرهن الحيازى المقرر لـــه . ويترتب على هذا النزول انقضاء حق الرهن .

والنزول عن الرهن تصرف قانونى صادر عن إرادة منفردة ، فلا يشترط لإنتاج أثره قبول الراهن له .

ولكنه كأى تصرف قانونى يتطلب أن تكون إرادة الدائن سليمة خالية من العيوب وأن يكون ذا أهلية للنزول وقد تطلب القانون لصحة النزول عن الرهن أن يكون الدائن المرتهن أهلا لإبرام التصرفات الضارة ضررا محضا ، لأن النزول عن الرهن وإن لم يؤد إلى انقضاء الدين المضمون به ، إلا أنه يقلل من فرص استيفائه(١) .

والنزول عن الرهن قد يأتى صريحا وقد يستدل عليه ضمنا من ظروف الحال . ويجب فى جميع الأحوال ، للقول بحصول نزول المرتهن عن الرهن ، أن تظهر نيته فيه بصفة لا تحتمل شكا ، إذ ترك الحق لا يفترض ولا يتوسع فى التفسير الذى يؤدى إلى القول به .

والقاعدة هى أنه يجب على من يدعى نزول المرتهن عن الرهن أن يقيم الدليل على صحة ادعائه ، ولكن المشرع يقرر قرينتين يستخلص منهما هذا النزول .

القرينة الأولى ، هى التى تقوم على استخلاص رغبة المرتهن فى النزول عن الرهن من إرجاعه المرهون بإختياره إلى الراهن ،

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٧٤ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٣١ .

وقد رأينا أن المادة (١١٠٠) تنص على أنه : " إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كل هذا دون إخلال بحقوق الغير " . ونحيل فى تفصيل ذلك إلى شرح المادة المذكورة .

أما القرينة الثانية ، فهى التى تقوم على استنتاج رغبة المرتهن فى النزول عن الرهن من موافقته على التصرف فى المرهون دون تحفظ منه .

والقرينتان السابقتان هما قرينتان بسيطتان فى مكنة المرتهن أن يهدمهما بإقامة الدليل على أنه لم يسلم المرهون للراهن إلا لسبب لم يقصد به انقضاء الرهن ، أو على أنه لم يقصد بالموافقة على تصرف الراهن فى المرهون زوال رهنه عليه [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يدل نص المادة ٢٧٣ من القانون المدنى على أن حق الدائن فى الأجل لا يسقط إذا كان إضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه . وللدائن المرتهن – شأنه شأن صاحب أى حق عينى آخر – أن ينزل عن رهنه دون أن يرجع فى ذلك إلى إرادة المدين الراهن".

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٣١ وبعدها .

٢- " متى كان الدائن المرتهن قد تسلم الأطيان المرهونة وظلت في حيازته وكان هو الذى تخلى عن حيازة هذه الأطيان باختياره فإنه يكون هو المسئول وحده عن إضعاف التأمينات " .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١١)

أما التنازل عن الرهن المثقل بحق تقرر للغير ، فلئن كان الأصل أن نزول المرتهن عن الرهن يزيله ، ويحرر المرهون منه ، إلا أنه لا يترتب على نزول المرتهن هذا الأثر ، إذا كان قد تعلق لأحد من الغير حق بالرهن ، ما لم يقر هذا الغير النزول . فإذا كان المرتهن قد رهن بدوره حقه المضمون لدائن له فإن حق هذا الدائن الثانى يمتد إلى الرهن ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن ضياع حق الدائن الثانى ، بل يبقى حق الأول قائما لمصلحته ما لم يقر مدينه على هذا التنازل [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينقضى الرهن الحيازى أيضاً بطريقة أصلية أى مستقلا عن الدين ببيع العين فى المزاد الجبرى ، وهذا الحكم هام فقد تقدم أنه هو الذى يستند إليه الراسى عليه المزاد فى تسلم العين من المرتهن الأول ، إذا بيعت العين بناء على طلب دائن تال له فى المرتبة . وكذلك ينقضى الرهن بتنازل الدائن عنه إذا توافرت فيه الأهلية

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٠١ ومابعدها .

اللازمة ، ويستفاد التنازل ضمنا بالتخلى عن الشئ اختيارا أو الموافقة دون تحفظ على التصرف فيه ، ولكن إذا كان الرهن مثقلا بحق لأجنبى كما إذا كان المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له فإن هذا الدائن الثانى يمتد حقه إلى الرهن ، ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن أن يضر ذلك بحق الدائن الثانى"[١] .

السبب الثانى :

انقضاء الرهن الحيازى باتحاد الذمة :

إذا اجتمعت لشخص واحد صفة مرتهن الشئ ومالكه ، كما إذا ورث المرتهن الشئ المرهون أو اشتراه ، انقضى الرهن على أنه من مصلحة الدائن المرتهن أن يحتفظ بالرهن على الشئ المرهون الذى تملكه إذا كان الشئ مرهونا لغيره .

هذا ولا يضر اتحاد الذمة بحق الغير فى الإفادة من الرهن ، كما إذا كان المرتهن قد رهن بدوره الحق المضمون بالرهن أو حوله للغير ، ثم اشترى العين المرهونة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وينقضى الرهن كذلك باتحاد الذمة بأن يجتمع الرهن وملكية العين المرهونة فى يد واحدة ، كما إذ اشترى الدائن المرتهن العين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٤١ .

المرهونة . ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبى على الرهن ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له كما تقدم فى المثل السابق ، فإن الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك ، فاتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثانى . كذلك لا يعد الرهن منقضياً باتحاد الذمة إذا كانت للمالك مصلحة قانونية فى استبقائه ، كما إذا اشترى الكفيل العينى الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك مستبقيا الرهن لضمانه . وكذلك لا ينقضى الرهن إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى كما إذا فسخ العقد الذى اشترى به المرتهن العين "[1].

السبب الثالث :

هلاك الشئ المرهون :

الرهن الحيازى كالرهن الرسمى ينقضى بهلاك الشئ المرهون ، بشرط أن يكون الهلاك تاما أما إذا كان الهلاك جزئيا فإن الرهن يبقى على ما بقى من الشئ ، ويكون ضامنا لكل الدين تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الرهن .

وإذا دفع تعويض أو مبلغ تأمين بسبب هلاك المرهون ، انتقل الرهن إليه بمقتضى قاعدة الحلول العينى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٤١ ومابعدها .

ويشبه بهلاك الشئ المرهون انقضاء الحق المرهون ، كما إذا رهن حق الانتفاع أو حق الإيجار ثم انقضيا وتشبه بهلاك المرهون أيضا حالة نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة إذ في هذه الحالة يحرر العقار من كل أنواع الرهون ، وينتقل حق المرتهن إلى مبلغ التعويض[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ويزول الرهن أخيرا بصفة أصلية إذا هلك الشئ أو الحق المرهون . فإن كان الحق المرهون حق انتفاع مثلا ، وتنازل المنتفع عنه ، فلا يخل هذا التنازل بحقوق الدائن المرتهن "[٢].

٣٥١-أسباب أخرى لانقضاء الرهن الحيازى :

١- انقضاء الرهن الحيازى بالبيع الجبرى والتطهير(راجع فى التفصيل بند ٣٤٥) .

٢- انقضاء حق الرهن الحيازى بفسخ عقد الرهن : ينقضى حق الرهن إذا تقرر فسخ العقد . فإذا أخل الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن جاز للمرتهن فسخ العقد والمطالبة بأداء الدين فورا (م١١٠١) .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٣٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٤٢ .

وكذلك يجوز فسخ عقد الرهن كجزاء لإخلال المرتهن بالتزامه بالمحافظة على الشئ المرهون وصيانته (المواد ١١٠٣ ، ١١٠٤، ١١٠٦) .

وفى الحالات التى ينفسخ فيها عقد الرهن ينقضى الحق بصـــفة أصلية . ويترتب على ذلك سقوط أجل الدين ، فيجوز للدائن أن ينفذ بحقه فورا ، ويكون له أن يحبس المال الذى كان مرهونا لديه إلـــى أن يستوفى كامل حقه [1].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٩٨ .

الفصل الرابع
بعض أنواع الرهن الحيازى
١ - الرهن العقارى
مـــادة (١١١٤)

يشترط لنفاذ الرهن العقارى فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى .

الشـــرح

٣٥٢- شرطا نفاذ الرهن العقارى فى حق الغير :

يشترط لنفاذ الرهن العقارى فى حق الغير - بالمعنى الذى أوردناه سلفا - انتقال الحيازة إلى المرتهن أو إلى الأجنبى الذى يتفق عليه الطرفان (العدل) ، وقيد عقد الرهن بمكتب الشهر العقارى المختص .

ذلك أن عقد الرهن الحيازى حق عينى تبعى.

فإذا تأخر شهره إلى ما بعد انتقال الملكية من الراهن فإنه لا ينفذ فى حق المتصرف إليه بالرغم من بقاء المرهون فى حيازة المرتهن .

ويستوى الرهن الحيازى العقارى مع الرهن الرسمى فى ذلك .

وعلى هذا نصت المادة (١٢) من قانون تنظيم الشهر العقـارى بقولها : " جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقرة لها وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ مـن ذلـك يجب شهرها بطريق القيد ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تقدم بيان وجوب قيد الرهن الحيازى إذا وقع على العقار حتى يكون نافذا فى حق الغير " [١].

٣٥٣- سـريان أحكام قيد الرهن الرسمى على قيد الـرهن الحيازى :

أحالت المادة فى أحكام قيد الرهن الحيازى العقارى إلى أحكـام قيد الرهن الرسمى .

وهذه الإحالة جاءت عامة ، فتشمل أحكام إجراء القيد وتجديـده ومحوه وإلغاء المحو والآثار التى تترتب على ذلك كله .

غير أنه يلاحظ فى هذا الشأن ما يأتى :

١- أنه فيما يتعلق بالبيانات التى يجب أن تشتمل عليها قائمـة القيد ، نصت المادة ٣٠/ سادسا من قانون تنظيم الشـهر العقـارى على أنه فى حالة رهن الحيازة العقارى يجب أن تشتمل قائمة القيد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٤٤ .

على " بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إلا إذ نص عليه فى عقد الرهن " .

٢- فيما يتعلق بمحو القيد أضافت المادة (٤٥) من قانون تنظيم الشهر العقارى حكما خاصا بحالة محو القيد الخاص بالرهن الحيازى العقارى وبحقوق الامتياز العقارية ، فنصت على أن :

" لايجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائي أو برضاء الدائن بتقرير رسمى منه ومع ذلك يكتفى فى إجراء المحو فى حالة رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفى مصدق على التوقيع فيه " .

وعلة هذه التفرقة بين محو الرهن الرسمى ومحو الرهن الحيازى أن إنشاء الرهن الرسمى لا يكون إلا بورقة رسمية . أما الرهن الحيازى فلأنه يكفى فى نشوئه أن يكون بورقة عرفية ، اكتفى فى تقرير محوه أن يكون بورقة عرفية .

مـــادة (١١١٥)

يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الـــراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن فى حق الغير . فإذا اتفق على الإيجار فى عقد الرهن وجب ذكر ذلك فى القيد ذاته . أما إذا اتفق عليـــه بعد الرهن وجب أن يؤشر به فى هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضروريا إذا جدد الإيجار تجديدا ضمنيا .

الشـــرح

٣٥٤- تأجير العقار المرهون إلى الراهن :

رأينا سلفا أن الفقرة الأولى من المادة (١١٠٩) تنص على أنـــه يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشئ المرهون فـــى يـــد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان " – فهذه المادة وضـــعت القاعدة العامة فى نفاذ الرهن الحيازى قبل الغير ، فلا يكفى لنفـــاذ الرهن العقارى فى حق الغير مجرد التسليم أو نقل الحيـــازة ، بـــل لابد من بقاء المرهون فى حيازة المرتهن أو العـــدل طـــوال مـــدة الرهن ، وبخاصة إلى الوقت الذى يستعمل فيه المرتهن حقوقه قبل الغير – إلا أن المادة (١١١٥) أوردت استثناء على هذه القاعـــدة ، فأجازت تأجير العقار المرهون إلى الراهن فيبقى فى حيازته ، دون أن يحول ذلك دون نفاذ حق الرهن الحيازى فى حق الغير .

وأنه إذا اتفق على الإيجار فى عقد الرهن وجب ذكر ذلك فـــى العقد ذاته .

أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به فى هامش القيد .

وحكمة هذا الاستثناء أن المشرع قدر أن تأجير العقار المرهون للراهن نفسه قد يكون أنسب وجه لاستثمار العقار أمام المرتهن ، سواء لأن المرتهن يكون عديم الخبرة أو قليلها فى إدارة العقار المرهون أو لا تسمح ظروفه باستغلاله أو لم يجد مستأجرا بشروط مناسبة أو كانت البيئة المحيطة بالعقار لا تقبل المرتهن كدخيل عليها .

وفى ذات الوقت حرص المشرع على مصلحة الغير وتوفير الوسيلة لإعلامهم ببقاء الرهن وعدم انقضائه برغم عودة العقار إلى الراهن أو برغم احتفاظه بحيازته أصلا ، باشتراط ذكر واقعة تأجير العقار المرهون إلى الراهن ضمن بيانات قيد الرهن إذا اتفق على هذا التأجير فى عقد الرهن . أما إذا اتفق على التأجير بعد إبرام الرهن فيجب أن يؤشر به فى هامش القيد .

أما إذا لم يشهر الإيجار وفقا للقانون فإن الرهن يظل موجودا ونافذا فى العلاقة بين المتعاقدين . لأن عودة العقار المرهون للراهن كانت بسبب لايفيد انقضاء الرهن . بينما لا يعتبر هذا الرهن نافذا فى مواجهة الغير[(١)] .

وتجديد الإيجار تجديدا ضمنيا إيجار جديد ، وكان الواجب

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٥٢٠ ومابعدها .

التأشير به فى هامش القيد ، لأنه لا يكون إلا بعد الــرهن . ولكــن القانون أعفى الدائن المرتهن والراهن من شهر التجديــد الضــمنى بالتأشير فى هامش القيد . فإذا جدد الإيجار تجديدا ضــمنيا ، فإنــه يكتفى بشهر الإيجار نفسه فى القيد أو فى هامش القيد ، ولا حاجــة إلى التأشير بالتجديد الضمنى [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يختص رهن الحيازة العقارى بحكمين آخرين :

(أ) استثناء من المادة ١٥٣٦ يجوز للمرتهن أن يــؤجر العقــار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن فى حق الغير ، علــى أن يشهر الإيجار إما بذكره فى القيد نفسه إذا اتفق عليه عند الرهن ، أو بالتأشير به على هامش القيد إذا اتفق عليه بعد ذلك . ولا يكــون تجديد التأشير ضروريا إذا جدد الإيجار تجديدا ضمنيا. أما فى رهن المنقول فخروج العين من يد المرتهن إلى الراهن بإيجار أو بغيــره لا يبطل الرهن ولكن يجعله غير نافذ فى حق الغير كما تقدم"[٢].

وقد قضت محكمة النقض فى ظل التقنين المدنى القديم بأن :

" إن القانون يوجب لصحة رهن الحيازة وضع المرهــون فــى حيازة الدائن المرتهن ، ويقضى بــبطلان هــذا الــرهن إذا رجــع

---

(١) السنهورى ص ٩٦٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٧ ص ٢٥٢ .

المرهون إلى حيازة راهنه . وإذ كان عقد الإيجار يضع العين المؤجرة في حيازة المستأجر فإنه يكون على المحكمة، متى أثبتت فى حكمها أن الراهن استأجر العين المرهونة فى اليوم الذى حصل فيه رهنها ، أن تعتبر أن حيازة المرهون لم تنتقل إلى المرتهن أو أنها على الأقل قد رجعت على الفور إلى الراهن ، وفى كلتا الحالتين يجب عليها أن تحكم ببطلان الرهن . والقول بأن رجوع الحيازة إلى الراهن بطريق الإيجار لا يبطل الرهن مردود بعموم نص المادة ٥٤١ من القانون المدنى ، وبمخالفة ذلك لطبيعة الرهن الحيازى وعلى أنه إذا كان القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ المعدل للمادة ٥٤٠ قد رخص للدائن فى إيجار العقار المرهون إلى المدين بشرط النص على ذلك فى عقد الرهن أو التأشير به فى هامش تسجيله فإنه لم يقصد بهذا الترخيص الذى جاء به إلغاء حكم المادة ٥٤١ من القانون المدنى وإنما قصد تسهيل المعاملات بين الناس ، ملاحظا فى ذلك أن إشهار الإيجار بطريق التسجيل فيه ما يغنى عن حيازة الدائن العقار المرهون ".

(طعن رقم ٣٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٤/١٢/١٩٤٤)

مــادة (١١١٦)

١- على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهد العقار بالصيانة وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق سنويا على العقار من ضرائب وتكاليف ، أن أن يستنزل من الثمار التى يحصلها قيمة ما أنفق أو يستوفى هذه القيمة من ثمن العقار فى المرتبة التى يخولها له القانون .

٢- ويجوز للدائن أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حق الرهن .

الشــرح

٣٥٥- التزام الدائن المرتهن بحفظ العقار المرهون وصيانته :

يلتزم الدائن المرتهن لعقار بحفظ العقار المرهون وصيانته .

ويقتضى ذلك أن يقوم الدائن المرتهن بجميع الأعمال اللازمة لكى يظل هذا الشئ بالحالة التى تسلمها عليه . وفى سبيل ذلك يجب على الدائن أن يقوم بالأعمال الكفيلة بمنع أى تلف أو هلاك للشئ المرهون . وكذلك بالأعمال اللازمة للمحافظة على حقوق الراهن عليه[1] .

فإذا كان العقار المرهون أرضا زراعية ، التزم الدائن بحرثها ونزع الحشائش الضارة ، وصرف المياه الزائدة من حاجتها .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٣٦ .

وإذا كان العقار المرهون بناء ، التزم الدائن بترميمه وسد الشقوق أو الثقوب التي قد تظهر به ، وتقوية الأعمدة التي يقوم عليها.

ويجوز إعادة المرهون إلى الراهن لمدة مؤقتة دون أن يترتب على ذلك زوال الرهن إذا كان ذلك لازما لإجراء عمل من أعمال الصيانة .

ومن قبيل حفظ المرهون وصيانته أنه إذا كان مهددا بأن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص في القيمة وجب على الدائن أن يبادر بإخطار الراهن بذلك .

كذلك يدخل ضمن أعمال الصيانة قيام الدائن بدفع ما يستحق على الشئ المرهون من ضرائب وتكاليف كضرائب الأطيان والمباني إذ أن عدم الوفاء بها يؤدي إلى التنفيذ عليه ونزعه من الراهن .

وعلى الدائن المرتهن أن يقوم بدفع النفقات اللازمة لحفظ المرهون وهو يرجع بها على الراهن . وإذا لم تكف الغلة استوفاها من ثمن بيع المرهون بنفس مرتبة الدين .

٣٥٦- نفقات الحفظ والصيانة الجسيمة :

إذا كانت القاعدة هي التزام المرتهن بإنفاق مصروفات حفظ المرهون وصيانته ، إلا أنه يجب القول قياسا على حالة المنتفع (م٢/٩٨٩) بأنه إذا كانت هذه النفقات جسيمة وغير عادية ، كان المرتهن في حل من إنفاقها بشرط أن يخطر الراهن في وقت

مناسب بما وصلت إليه حالة العقار ، ليقوم بإجراء مـا يسـتلزمه الإصلاح[١] .

٣٥٧- مقدار العناية الواجبة فى الحفظ والصيانة :

حدد العناية الواجبة فى الحفظ والصيانة نص المـادة (١١٠٣) بقولها : " إذا تسلم الدائن المرتهن الشئ المرهون فعليه أن يبذل فى حفظه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ... الخ " .

وهى ذات العناية التى يلتزم بها كل مدين فى الالتـزام بعمـل طبقا للقواعد العامة الواردة بالفقرة الأولى من المادة (٢١١ مـدنى) ومفاد ذلك أن العناية المطلوبة من الدائن المـرتهن ، هـى عنايـة الشخص المعتاد . فإذا كان الدائن معروفا بالحيطـة والتـدبر فـى أموره ويزيد على الشخص المعتاد فى عنايته بشئونه لم يطلب منـه هذه العناية كلها فى المحافظة على المرهون وصيانته لأنها عنايـة تزيد على عناية الشخص المعتاد . كذلك إذا كان الـدائن معروفـا بالإهمال وعدم الحيطة لم يكتف منه بهذه العناية لأنهـا تقـل عـن عناية الشخص المعتاد .

ودرجة العناية أمر يرجع للظروف والأحوال وهو يختلف حسب نوع الشئ المرهون وعرف الجهة وظروف التعاقد .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٨٨- توفيق حسن فرج ص ٢٣٣ .

وقاضى المرضوع هو الذى يحدد فى كل حالة مدى العناية اللازمة [١].

وهذه العناية هى المطلوبة أيضا فى العدل الذى يلتزم بحفظ العقار المرهون ، إذا كان مأجورا ، أي يتقاضى مقابلا لقيامه بحيازة العقار المرهون .

أما إذا كان العدل غير مأجور ، فإن العناية الواجبة عليه هى العناية الواجبة على المتفضل بعمله كالوكيل غير المأجور (م٧٠٤) . والمودع لديه غير المأجور (م٧٢٠) ، فيلتزم العدل بأن يبذل فى حفظ الشئ المرهون العناية التى يبذلها فى حفظ الأشياء المملوكة له ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد[٢] .

٣٥٨- طبيعة الالتزام بالمحافظة على المرهون :

كان مؤدى التزام الدائن المرتهن ببذل عناية الرجل المعتاد فى حفظ الشئ المرهون وصيانته أن يتعين على الراهن فى حالة هلاك الشئ أو تلفه أن يقيم الدليل طبقا للقواعد العامة فى الالتزام ببذل

---

(١) الدكتور نبيلة رسلان سلطات الدائن المرتهن حيازيا بين الشريعة والقانون ." الدعوى لتطوير نظام الرهن " – بحث منشور بمجلة روح القوانين التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة طنطا العدد الثالث ديسمبر ١٩٩٠ ص ٩٧ ومابعدها – محمد على إمام ص ٥٢٢– محمد لبيب شنب ص ٢٣٨ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٨٦ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٢٣٨ .

عناية على تقصير الدائن المرتهن ليسأله عن هذا الهلاك أو ذاك التلف . ولكن المشرع قضى فى المادة (١١٠٣ مدنى) على النقيض بأن الدائن المرتهن مسئول من هلاك الشئ أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب آخر لا يد له فيه . وقد علل جانب من الفقه ذلك المسلك – مستندا إلى الأعمال التحضيرية[١] – بأن مسئولية المرتهن فى المحافظة على الشئ المرهون هى مسئولية تعاقدية فهو مسئول عن هلاك الشئ إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب آخر لا يد له فيه .

غير أن الرأى الراجح يذهب إلى أن طبيعة التزام المرتهن بالحفظ لا يتأسس على نوع المسئولية وكونها عقدية ، بل على نوع التزام المرتهن ويكون محله تحقق نتيجة أو بذل عناية . فالشارع لم يكتف فى المادة (١١٠٣ مدنى) بفرض التزام بالحفظ على عاتق الدائن المرتهن محله بذل عناية ، بل ألقى عليه كذلك التزاما بسلامة الشئ المرهون ومحله تحقق نتيجة ، هى أن يظل الشئ المرهون فى حيازته بالحالة التى كان عليها وقت أن تسلمه ، فإن تلف أو

---

(١) **فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :**

" فالدائن المرتهن ، إذا تسلم الشئ يكون مسئولا عن حفظه وصيانته ويلتزم أن يبذل فى المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد . وهذه **المسئولية تعاقدية** ، فهو مسئول عن هلاك الشئ إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه " .

مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢١١ .

هلك انعقدت مسئوليته . باعتباره ضامنا لنتيجة معينة ، ما لم يثبت السبب الأجنبى ، وأن هذا الالتزام يتفرع عن الالتزام برد الشئ المرهون عند إنهاء العقد[١] .

(راجع فى هذا الموضوع تفصيلات أخرى فى شرح المادة ١١٠٣) .

٣٥٩- التخلى عن حق الرهن :

أجازت الفقرة الثانية من المادة للدائن المرتهن للعقار أن يتحلل من التزامه بتعهد العقار بالصيانة وقيامه بالنفقات اللازمة لحفظة ودفع ما يستحق سنويا على العقار من ضرائب وتكاليف ، إذا هو تخلى عن حق الرهن .

والتخلى عن حق الرهن يكون بغير مقابل .

والنص يتناول قاعدة عامة تطبق سواء كان المال المرهون عقارا أو منقولا أو دينا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ويستطيع الراهن[٢] أن يتحلل من الالتزامات كلها بالتخلى عن حق الرهن ، وهذا صحيح فى العقار والمنقول "[٣].

---

(١) نبيلة رسلان البحث المشار إليه ص ٩٩ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٤٨ ومابعدها – همام محمد زهران ص ٦٠٠ .

(٢) صحتها المرتهن .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٥٢ .

٢ـ رهـــن المنقـــول

مـــادة (١١١٧)

يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير إلـــى جانـــب انتقـــال الحيازة أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيهـــا المبلـــغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيـــا . وهـــذا التـــاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن .

الشـــرح

٣٦٠ـ وجوب تدوين رهن المنقول فى ورقة ثابتة التاريخ :

إذا كان المال المرهـــون منقـــولا ماديـــا كالســـيارات والآلات والحيوانات فإنه يشترط لنفاذ الرهن الوارد عليـــه بجانـــب انتقـــال حيازته من الراهن للمرتهن أو للعدل ، تدوين عقد الرهن فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعـــين المرهونـــة بيانا كافيا .

فالرهن لا يكون نافذا إلا إذا كان مكتوبا وأن يكون ثابت التاريخ. والمشرع لم يتطلب الكتابة لانعقاد الـــرهن أو لإثباتـــه ، بـــدليل أن الرهن يجب أن يكون مكتوبا ولو كانت قيمته لاتجـــاوز خمســـمائة جنيه .

فهذا لا يغير من رضائية عقد الرهن واشتراط ثبـــوت التـــاريخ كشرط لنفاذ عقد الرهن الثابت فى ورقة عرفية ليس حكما خاصـــا

برهن المنقول حيازيا ، وإنما هو تطبيق للقاعدة العامة فى الاحتجاج بالورقة العرفية فى مواجهة الغير .

والحكمة من اشتراط ثبوت التاريخ مرجعها حماية الغير من غش المدين . وذلك بمنعه من إخراج بعض المنقولات من الضمان العام للدائنين بترتيب رهن عليها لدائن صورى ممن كان الشئ تحت حيازته بصفته مودعا لديه أو مستعيرا أو مستأجرا ، أو قابلا لدين مبالغ فى قيمته ، أو بتفضيل دائن على غيره بدون حق .

وتحقيقا لهذه الحكمة فقد اشترط النص تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون ومن حيث المال المرهون ، شأنه فى ذلك شأن تخصيص الرهن الرسمى فى عقد الرهن وتخصيص الحقوق العينية العقارية التبعية بوجه عام فى قائمة القيد .

وهذا التخصيص يحصل عادة فى عقد الرهن ذاته غير أنه يصح أن يتم بورقة لاحقة بشرط أن تكون ثابتة التاريخ .

فيجب أن يبين الالتزام المضمون بيانا كافيا ، فيذكر مقداره ومصدره وأوصافه من شرط أو أجل وملحقاته التى يضمنها الرهن. وإذا كان الالتزام المضمون غير محدد المقدار بعد ، كما هو الحال فى الرهن الحيازى الضامن لما ينتج من فتح الاعتماد أو الحساب الجارى أو التعويض عن ضرر غير محدد بعد ، فإن التخصيص فى هذه الحالة يكون بتعيين الحد الأقصى الذى ينتهى إليه الدين(١) .

---

(٢) محمد على إمام ص ٥٠٢- نعمان محمد جمعه ص ١٦٥ ومابعدها - محمد كامل مرسى ص ٣٥٥ السنهورى ص ٦٩٧ .

ولابد أيضا من تخصيص الشئ المرهون حتى لا يستبدل بشـئ آخر إضرارا بالغير . فيذكر جنسه وصفاته ووزنـه أو مقاسـه ، وعلى العموم كل ما يلزم لتحديده تحديدا نافيا للجهالة .

ويجب تخصيص الشئ المرهون حتى لو كان متعددا ، بل حتى لو شمل كل أموال المدين . فإن توافر التخصيص بالنسبة للـبعض دون البعض الآخر كان الرهن نافذا فى حق الغيـر فقـط بالنسـبة للمرهون الذى حصل بيانه بيانا كافيا .

وإذا لم يتوافر التخصيص على هذا النحو أو كان غيـر كـاف جاز للغير أن يحتج بعدم سريان الرهن فى مواجهتـه . وقاضـى الموضوع هو الذى يفصل فى كفاية بيانات تخصيص الرهن . وهو لايحكم بعدم كفايتها إلا إذا كان النقص أو الخطأ فى بيان جـوهرى أدى إلى عدم تمكين الغير من التعرف على حقيقة الرهن ومقداره [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لا يكفى تسليم العين المرهونة للدائن المرتهن حتى ينفذ الرهن فى حق الغير (م١٥٤٨ من المشروع) بل يجب أيضـا أن يقيـد العقود (وتسرى أحكام القيد) إذا وقع الرهن على عقار (م١٥٥٥) أو يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيهـا بيانـا كافيـا الـدين

---

(٢) محمد على إمام ص ٥٢٠ - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهـران ص ٥٢٣ .

المضمون والشئ المرهون ، ويحدد تاريخها الثابت مرتبة الدائن إذا وقع الرهن على منقول (م١٥٥٨) ... الخ "[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن ما يتطلبه القانون المدنى لنفاذ الرهن الحيازى للمنقول فى حق الغير من تدوين العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها مبلغ الدين المضمون بالرهن أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين إذا لم يمكن تحديده وقت الرهن كحالة ترتيبه ضمانا لاعتماد مفتوح أو بفتح حساب جار ، هذا الذى يتطلبه القانون المدنى لا يسرى على الرهن التجارى ذلك أنه طبقا للمادة ٧٦ من القانون التجارى بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ يثبت الرهن الذى يعقد ضمانا لدين تجارى بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارى سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير ومن ثم فإن القانون التجارى يكفى لنفاذ الرهن فى حق الغير بانتقال حيازة الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يعينه المتعاقدان وفقا للمادة ٧٧ من القانون التجارى ولا يستلزم ثبوت تاريخ عقد الرهن ولا تدوين هذا العقد فى أية ورقة ، ومتى كان لا يلزم وجود عقد مكتوب أصلا فإن تحديد الدين المضمون وهو ما اشترط القانون المدنى اشتمال العقد المكتوب عليه لا يكون لازما للاحتجاج بالرهن على الغير ، يؤكد ذلك ما

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٢٨ .

جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ ومن ثم فإن الرهن التجارى للمنقول يكون صحيحا ويحكم به على الغير ولو ترتب لضمان جميع الديون التجارية التى للدائن المرتهن فى ذمة المدين الراهن بغير تحديد لها وفى هذه الحالة يكون لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير ما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تخصيص المال المرهون لضمان الديون التجارية التى كانت قائمة فعلا فى ذمة المدين وقت ترتيب الرهن فحسب أو أن الضمان يشمل أيضا الديون المستقبلة ".

(طعن رقم ٣١٧ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩)

٣٦١ـ تحديد مرتبة الدائن المرتهن :

تحدد مرتبة رهن المنقول من تاريخ ثبوت التاريخ إذا كانت الحيازة سبق وأن انتقلت للمرتهن . فإذا تأخر انتقال الحيازة إلى ما بعد تحرير عقد الرهن تحددت مرتبة الرهن من تاريخ انتقال الحيازة[1] .

٣٦٢ـ طرق ثبوت التاريخ :

ورد النص فى المادة (١٥) من قانون الإثبات على طرق ثبوت التاريخ فقد نصت هذه المادة على أن :

" لايكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت .

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٥٢٢ .

ويكون للمحرر تاريخ ثابت :

(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك .

(ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ .

(ج) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص .

(د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء ، أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه .

(هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات " .

مــادة (١١١٨)

١- الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول .

٢- وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كــان حســن النيــة أن يتمسك بحقه فى الرهن ولو كان الراهن لا يملــك التصــرف فــى الشئ المرهون . كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النيــة أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشئ المرهون ولو كــان ذلــك لاحقا لتاريخ الرهن .

الشــرح

٣٦٣- سريان الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب علــى حيــازة المنقولات والسندات التى لحاملها :

١- قد تتعارض أحكام رهن الحيازة فى المنقول مــع الأحكــام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها . ومثال ذلك تعارض أحكام رهن الحيازة فى المنقول مع قاعدة " الحيازة فى المنقول سند الملكية " . كما إذا كان الراهن غير مالك للمنقول أو لم تكن لديه أهلية التصرف بأن كان صــغيرا أو محجورا عليه ، وأن يكون المرتهن حسن النيــة أى يعتقــد أن الراهن مالك للمنقول أو تتوافر فيه أهلية التصرف ، ففى هذه الحالة يتقرر للمرتهن حق الرهن على المنقول بالحيازة بموجــب قاعــدة

الحيازة فى المنقول سند الملكية لا بموجب عقد الرهن لصدوره ممن لا يملك إبرامه .

٢- إذا كان الراهن يملك رهن المنقول ورهنه ، وزعم المرهون له وهو حائز للمنقول أن هذا المنقول ملكه وباعه لشخص حسن النية ، فإن المنقول المرهون تنتقل ملكيته للمشترى لا بعقد البيع لأن المرهون له غير مالك فلا يستطيع أن ينقل الملكية بالبيع ولكن بالحيازة لأن المشترى وقت أن اشترى وحاز كان حسن النية والحيازة فى المنقول سند الملكية [1].

ويعتبر هذا الحكم تطبيقا لنص المادة (٩٧٦) من التقنين المدنى التى تقضى بأنه :

"١- من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته .

٢- فإن كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى اعتباره الشئ خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها .

٣- والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

---

(١) السنهورى ص ٦٩٩ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يختص رهن المنقول بالأحكام الآتية :

١- حيازة منقول بحسن نية تعدل كثيراً من أحكام الرهن ، ويظهر ذلك بنوع خاص فى أمرين ، أولهما أن الدائن قد يرتهن المنقول من غير المالك وهو حسن النية فيترتب له حق الرهن لا بمقتضى العقد بل بمقتضى الحيازة . والأمر الثانى أن المنقول المرهون حيازة قد يترتب عليه حق عينى آخر لحائز حسن النية ، فيقدم هذا الحق على حق المرتهن "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٦٤ .

مادة (١١١٩)

١- إذا كان الشئ المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شئ آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق .

٢- ويفصل القاضى فى أمر إيداع الثمن عند الترخيص فى البيع ، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشئ إلى ثمنه .

الشرح

٣٦٤- طلب الدائن أو الراهن الترخيص له فى بيع المنقول المهدد بالهلاك أو التلف :

إذا كان المنقول المرهون قد أصبح قبل أن يحل أجل الدين مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شئ آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق .

ويبرر هذا الإجراء وجود حالة ضرورة تتمثل فى خشية ان يصبح ضمان الدائن المرتهن غير كاف لأداء الدين .

ويجب على القاضى قبل أن يرخص ببيع الشئ المرهون أن

يتحقق من وجود الخطر الذى يتهدد المنقول . وإذا أمر ببيعه فإنـــه يأذن بإيداع الثمن إما بخزانة المحكمة أو بأحد المصارف أو لـــدى الدائن المرتهن .

فإذا بيع المنقول المرهون ، انتقل حق الدائن من المرهون إلى ثمنه بموجب قاعدة الحلول العينى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا دعت الضرورة إلى ذلك بأن كان المنقول مهدداً أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة ، ولم يطلب الراهن أن يستبدل به شيئا آخر ، فيجوز للمرتهن أن يطلب الترخيص فى بيعه بالمزاد أو بسعره فى البورصة أو السوق وينتقل حق الـــرهن إلـــى الـــثمن ، وينظر القاضى فى إيداعه فقد يودع فى مصرف أو عند الدائن "(١).

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" متى وفى المرسل إليه الأجرة للناقل انقضى حق الحبس وزال المانع الذى كان يحول دون تسليم الأشياء المنقولـــة إليـــه ويعـــود الالتزام بالتسليم فى ذمة الناقل وفقا لأحكام عقد النقل فيلتزم بتســـليم تلك الأشياء سليمة للمرسل إليه إذ لا يترتب علـــى اســـتعمال حـــق الحبس انفساخ هذا العقد أو انقضاء الالتزامات الناشـــئة عنـــه بـــل يقتصر الأمر على وقف تنفيذ التزام الناقـــل بالتســـليم حتـــى يفـــى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٦٥ .

المرسل إليه بالتزامه بالوفاء بأجرة النقل ولا يغير من ذلك أن يكون المرسل إليه هو المتسبب فى حبس البضاعة بتخلفه عن الوفاء بأجرة النقل إذ أن تقصيره فى الوفاء بالتزامه هذا وإن كان يخول للناقل أن يستعمل حقه فى الحبس إلا أنه لا يعفيه من التزامه بالمحافظة على الشئ المحبوس وهو التزام متولد عن حق الحبس ذاته ولا يمكن أن يعتبر مجرد التأخير فى الوفاء بالأجرة هو السبب فيما يصيب الأشياء المحبوسة من تلف فى فترة احتباسها ، وللحابس إذا خشى على الشئ المحبوس من الهلاك أو التلف أن يحصل على إذن من من القضاء فى بيعه طبقا لنص المادة ١١١٩ من القانون المدنى وينتقل حينئذ الحق فى الحبس من الشئ إلى ثمنه " .

(طعن رقم ٢٥٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥)

مادة (١١٢٠)

يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشئ المرهون وكان البيع صفقة رابحة ، أن يطلب من القاضى الترخيص فى بيع هذا الشئ ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ، ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر إيداع الثمن .

الشرح

٣٦٥- طلب الراهن بيع المرهون كصفقة رابحه :

قد تعرض للراهن فرصة رابحة[1] لبيع المنقول سواء عند حلول أجل الدين أو قبل حلوله، بأن يعرض مشتر ثمنا مرتفعا للمنقول ، وقد تضيع هذه الفرصة إذا أرجئ بيع المنقول فخول النص للراهن – دون الدائن المرتهن – أن يطلب من القاضى الترخيص له ببيع هذا المنقول .

وتكون مهمة القاضى التحقق من وجود فرصة رابحة لبيع المنقول وأنه يخشى ضياعها إذا لم يعجل بالبيع . فإذا تحقق من ذلك

---

(١) وكانت المادة (١٥٦١) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١١٢٠) تنص على أنه : " يجوز للراهن إذا عرضت فرصة ملائمة لبيع الشئ المرهون ، أن يطلب من القاضى .. الخ " – وقد عدلت المادة فى لجنة المراجعة بإضافة عبارة " وكان البيع صفقة رابحة " بعد عبارة " بيع الشئ المرهون " لجعل المعنى أوضح وأدق (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٦١) .

أذن للراهن بالبيع وعليه أن يحدد شروط البيع ، فقد يحدد شــروطا للبيع تجعله مجزيا ومحققا للفرصة الرابحة . وأن يحدد الجهة التى يودع لديها ثمن البيع ، وقد يحدد لذلك خزانة المحكمة أو مصرفا أو بأمر بإيداعه لدى الدائن المرتهن[١] .

وينتقل حق الدائن من الشئ المرهون إلى الـثمن ، أى يكـون هناك حلولا عينيا على الثمن .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا تحقق نفع من بيع المنقول بأن وجـدت فرصـة ملائمـة فيرخص القاضى فى البيع ، ويضع الشروط ، ويفصل فـى إيـداع الثمن "[٢] .

---

(١) السنهورى ص٧٠٢ ومابعدها- عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٤٢ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٦٥ .

مــادة (١١٢١)

١- يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلــب مــن القاضى الترخيص له فى بيع الشئ المرهون بــالمزاد العلنــى أو بسعره فى البورصة أو السوق .

٢- ويجوز له أيضا أن يطلب من القاضى أن يــأمر بتمليكــه الشئ وفاء للدين على أن يحسب عليــه بقيمتــه بحســب تقــدير الخبراء .

الشــرح

٣٦٦- طلب الدائن المرتهن الترخيص فى بيع الشئ المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق :

إذا حل أجل الدين ولم يف الراهن الدائن المرتهن حقــه ، فقــد شاء المشرع التيسير على الدائن المرتهن فى الحصول على حقــه ببيع المنقول بطريق آخر غير طريق البيــع الجبــرى نظــرا لمــا ينطوى عليه من طول الإجراءات وكثرة النفقات ويظهر ذلك بشكل واضح فى حالة الأوراق المالية على اختلاف أنواعها حيث يبدو أن الطريق الطبيعى للتصرف فيها هو بيعها على يــد سمســار فــى البورصة أو بسعر السوق . والمشرع يستجيب لهــذه الاعتبــارات فأجاز للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى الإذن لــه فــى بيــع المنقول بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق فيتجنــب بذلك إجراءات البيع الجبرى .

ولا يشترط لإذن القاضى رضاء الراهن . وإذا أذنت المحكمة بالبيع فإن الدائن يباشر البيع بناء على ترخيص المحكمة أى أنه لايعتبر فى ذلك نائبا عن الراهن بل نائبا عن المحكمة . فيجوز له أن يدخل فى المزايدة وأن يرسى المزاد على نفسه أو أن يبيع إلى نفسه بسعر البورصة أو السوق دون أن يقع فى ذلك تحت طائلة المنع الذى تقرره المادة (٤٧٩) مدنى المتعلقة بمنع الوكلاء فى البيع من شراء ما وكلوا فى بيعه ، إلا أن يكون الراهن قد وكل المرتهن مباشرة وصراحة فى أن يبيع عنه المال المرهون فحينئذ يمتنع على المرتهن أن يبيعه لنفسه[١] .

وإذا تم البيع تقاضى الدائن المرتهن الدين المستحق له من الثمن ، ورد الباقى إلى الراهن .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" المنقول المرهون حيازة بيعه في الدين أيسر من بيع العقار . إذ يجوز للمرتهن أن يطلب بيع المنقول بسعره فى البورصة أو فى السوق ، فيتجنب بذلك إجراءات البيع الجبرى "[٢].

٣٦٧ـ طلب الدائن تمليكه المرهون وفاء للدين :

أجازت الفقرة الثانية من المادة للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه الشئ وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء .

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٠٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٦٥ .

ومعنى هذا أن للدائن المرتهن الخيار بين طلب بيع الشئ المرهون بالمزاد أو عن طريق البورصة ، وطلب تملكيه الشئ .

ويعتبر هذا الخيار حقا للدائن المرتهن ، فليس للمدين ولا للمحكمة أن تجبره على بيع المرهون أو تملكه .

والخيار الأخير هو شرط للتملك عند عدم الوفاء في صورته الجائزة ، لوقوعه بعد حلول الدين المضمون بالرهن .

وإذا اختار الدائن طلب تملكيه الشئ وفاء للدين ، فإن الحكم الذى يصدر من القاضى بذلك يقوم مقام الوفاء بمقابل ، ولايجوز للراهن بعد صدور الحكم أن يسترد المرهون .

ولما كان تمليك المرهون للدائن لا يكون إلا بقيمته حسب تقدير الخبراء ، فإنه إذا جاوزت قيمة المرهون قيمة الدين كان للراهن مطالبة المرتهن بالفرق ، وكان له تأمينا لهذا الفرق حق امتياز البائع ، وجاز له طلب فسخ البيع عند إخلال الدائن المرتهن بالتزامه بدفع الفرق [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بل يجوز له دون رضاء الراهن أن يطلب من القاضى تمليكه المنقول وفاء للدين على أن تحسب قيمته حسب تقدير الخبراء . وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء ، وقد تقدم أنه يجوز بعد

(١) سليمان مرقس ص ٥٠١ .

حلول الدين بشرط رضاء الراهن ، أما فى المنقول فرضاء الراهن غير ضرورى وللقاضى أن يأمر بالتمليك ويصل اليسر فى بيع المنقول أن يباع قبل حلول الدين "[١] .

٣٦٨- طلب أحد الخيارين يكون بطريق الدعوى :

طلب أحد الخيارين الموضحين بالبندين السابقين يكون بدعوى ترفع ضد المدين الراهن أمام المحكمة المختصة حتى يصدر القاضى حكمه بعد سماع دفاع الراهن ، فقد يكون له دفاع من حيث انقضاء الدين كله أو بعضه ، أو من حيث امتداد أجل الدين ، أو من حيث وجود ظروف تحمل المحكمة على منحه أجلا للوفاء.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص٥٢٦ .

مـــادة (١١٢٢)

تسرى الاحكام المتقدمة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية ، والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن ، وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فـــى رهن المنقول .

الشـــرح

٣٦٩- سريان أحكام رهــن المنقــول فيمــالا يتعــارض مـع أحكـام القوانين الأخرى :

تسرى الأحكام الواردة فى رهن المنقول المنصوص عليها فـــى التقنين المدنى فيما لا يتعارض مع أحكـــام الـــرهن فـــى القـــوانين التجارية والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن ، وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقـــول وذلك باعتبار أن الخاص يقيد العام .

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هناك أحكام خاصة برهن المنقول فى حالات معينـــة أهمهـــا الأحكام المتعلقة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن والأحكـــام المتعلقة بالرهن التجارى "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٧ ص٢٦٥ .

ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

١- أحكام الرهن التجارى الواردة بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) بالباب الثانى - الفصل الثالث الخاص (بالرهن التجارى) .

وذلك فى المواد (١١٩- ١٢٩) من القانون .

وقد نصت المادة ١٢٩ على أنه : " مع مراعاة الأحكام التى تنظم أنواعا خاصة من الرهن التجارى تسرى أحكام هذا الفصل على كل رهن يتقرر على مال منقول ضمانا لدين يعتبر تجاريا بالنسبة إلى المدين " .

٢- رهن المحل التجارى :

وقد نظمه القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ (المعدل) .

٣- بيوت تسليف النقود على رهونات :

وينظمه الأمر العالى الصادر فى ١٩٠١/٣/٢٣.

٤- الرهن الحيازى الذى يعقده بنك التسليف الزراعى المصرى :

وينظمه القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ .

٣ ـ رهن الدين

مـادة (١١٢٣)

١- لا يكون رهن الدين نافذا فى حق المدين إلا باعلان هـذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقا للمادة ٣٠٥ .

٢- ولا يكون نافذا فى حق الغير إلا بحيازة المـرتهن لسـند الدين المرهون وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول .

الشـرح

٣٧٠- نفاذ رهن الدين فى حق المـدين بـإعلان الـرهن إليـه أو بقبوله له :

يقع الرهن الحيازى على الدين باعتباره منقولا .

غير أن أحكام الرهن فى هذه الحالة تتحور بعض الشئ تحورا يتفق مع طبيعة الدين . فمن ناحية انعقاد الرهن ونفاذه ، يقع رهـن الدين صحيحا بتوافق الإيجاب والقبول بين طرفيـه ، أى الـراهن والمرتهن . ولكنه لا ينفذ فى حـق المـدين بالـدين المرهـون إلا بإعلانه أو قبوله .

وفى ذلك يعامل نفاذ الرهن فى مواجهة المدين بالدين معاملـة حوالة الحق على ما جاء بنص المادة ٣٠٥ مدنى[١] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٤٦ محمد لبيب شنب ص ٢٦٤ ومابعدها.

٣٧١- نفاذ رهن الدين فى حق الغير :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن رهن الدين لا يكون نافذا فى حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول .

ويبين من ذلك أنه بالنسبة لنفاذ رهن الدين قبل الغير يلزم تحقق شرطان :

شرط عام : يتمثل فى انتقال حيازة الدين للمرتهن وهو ما يتحقق بحيازته لسند الدين المرهون .

شرط خاص : هو أن يكون الرهن نافذا فى حق المدين بإعلانه أو قبوله له ، بشرط أن يكون لأيهما تاريخ ثابت . وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول متى كان المرتهن حائزا لسند الدين المرهون[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يقع الرهن الحيازى على الدين باعتباره منقولا . غير أن الرهن فى هذه الحالة تتحور بعض أحكامه بما يتفق مع طبيعة الدين. فمن ناحية انعقاد الرهن ونفاذه يكون رهن الدين بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن ، ولكنه لا ينفذ فى حق المدين للراهن إلا بإعلانه أو قبوله كما هو الأمر فى حوالة الدين . ولا يكون الرهن نافذاً فى

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٥٢٥ .

حق الغير إلا بحيازة المرتهن للدين ، ويكون ذلك بحيازة سند الدين. وتحسب مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت للإعلان أو القبول"[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٧١ .

مـــادة (١١٢٤)

السندات الاسمية والسندات الإذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ، ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان .

الشـــرح

٣٧٢- رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية :

يتم رهن السندات الإسمية والسندات الإذنية بالطريقة الخاصـــة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات على أن يذكر أن الحوالـــة قد تمت على سبيل الرهن .

فالسندات الاسمية : أيا كانت سواء كانت أسهما أم حصصا فى الأرباح أم سندات محررة بأسماء أربابها . يتم رهنها كتابة بالتنازل عنها من صاحبها إلى الدائن المرتهن ، إما فى محرر مستقل يرفق بها أو يؤشر بذلك على الصك المثبت لها على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ، ويقيد فى دفتر الشركة التى أصـــدرته بما يفيد رهنه دون حاجة إلى إعلان الشركة . ويجب فضـــلا عـــن هذا تسليم السند للدائن المرتهن فانتقال الحيازة شـــرط عـــام لنفـــاذ الرهن فى حق الغير أيا كان محله .

أما إذا كان السند إذنيـــا كالأوراق التجارية ووثائق التـــأمين ، فإن رهنها يتم عن طريق تظهيره على أن يذكر أن هذا التظهير قد تم بقصد الرهن ، ولا يشترط لنفاذها قبل الغير إعلان المدين به أو

قبوله إياه فى ورقة ثابتة التاريخ كما هو الشـــأن بالنسـبة للـديون العامة[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما فى السندات الاسمية والسندات الإذنية فــإن الــرهن يــتم بالطريقة الخاصة لحوالة هذه السندات ، أى بالقيــد فــى ســجلات الشركة للسندات الرسمية والتظهير للسندات الإذنية ، على أن يذكر أن الحوالة تمت على سبيل الرهن . وتعتبــر الســندات لحاملهــا كالمنقولات المادية ، وتجرى عليها أحكام هذه المنقولات "[٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٣٣ – سليمان مرقس ص ٤٧٨ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٧١ .

مـــادة (١١٢٥)

إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز فلا يجوز رهنه .

الشـــرح

٣٧٣- عدم جواز رهن الدين غير القابل للحوالة أو للحجز :

يشترط لرهن الدين أن يكون قابلا للحوالة والحجز فالدين غير القابل للحجز أو غير القابل للحوالة لايجوز رهنه .

وبالبناء على ذلك لايجوز رهن دين النفقة ولا دين المعاش ، وكذلك شهادات الاستثمار لأنه لايجوز الحجز عليها .

ويلاحظ أن القانون يخالف فى رهن الدين الأحكام العامة فى الرهن والتى تقضى بجواز رهن الشئ ولو كان غير قابل للحجز عليه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويشترط فى الدين حتى يمكن رهنه أن يكون قابلاً للحوالة أو للحجز . فلا يجوز الرهن فى دين النفقة ولا المعاش ولا الديون الأخرى التى لايجوز الحجز عليها "(١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٧١ .

مـادة (١١٢٦)

١- للدائن المرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة علـى الدين المرهون والتى تحل بعد الرهن ، وكذلك له أن يستولى على كل الاستحقاقات الدورية التى لهذا الـدين علـى أن يخصـم مـا يستولى عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصـل الـدين المضمون بالرهن ، كل هذا ما لم يتفق على غيره .

٢- ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهـون ، فإذا كان له أن يقتضى شيئا من هذا الدين دون تدخل من الراهن، كان عليه أن يقتضيه فى الزمان والمكان المعينين للاسـتيفاء وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك .

الشـرح

٣٧٤- قبض المرتهن للفوائد والاستحقاقات :

إذا كانت هناك فوائد أو استحقاقات دورية مستحقة بعد الرهن ، كان للدائن الاستيلاء عليها ، وخصمها من المصـروفات ثـم مـن الفوائد ، ثم من أصل الدين المستحق له ، ما لم يوجد اتفـاق علـى خلاف ذلك .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وللمرتهن أن يقبض غلة الدين ، فيستولى على الفوائـد التـى تحل بعد الرهن وعلى كل الاستحقاقات الدورية الأخرى ، ويخصم

ذلك مما هو مستحق له بالترتيب الذى تقدم ذكره . ويلزم المـــرتهن أيضا برد الدين (أو سنده إذ كان لم يحل بعد استيفاء حقه) "[١] .

٣٧٥- التـــزام المـــرتهن بالمحافظـــة علـــى الـــدين المرهـــون وقبض غلته :

يترتب على رهن الدين بالنسبة إلى الـــراهن والمـــرتهن نفـــس الآثار التى تترتب على الرهن عموما .

فالراهن يلتزم بتسليم سند الدين ، ويجعل الـــرهن ســـاريا فـــى مواجهة المدين وفى مواجهة الغير . ويضمن الراهن نفـــاذ الـــرهن لصالح المرتهن ، فيمتنع عليه كل عمـــل يضـــر بالمزايـــا التـــى يستخلصها المرتهن من الرهن ، فيمتنع عليه قبض الدين أو فوائـــده وغير ذلك من الاستحقاقات الدورية كالأقســـاط مـــن المـــدين . أو إبراؤه من شئ من ذلك أو تجديد الدين المرهون بدين آخر، وكل ما يقع من هذه الأعمال لا ينفذ فى حق المرتهن ما لم يقره .

ويلتزم المرتهن بدوره بالمحافظة على الدين المرهون محافظـــة الشخص المعتاد ، فيجب عليه مثلا أن يقطع تقادم الدين حتى يمنـــع سقوطه ، وأن يعمل على عدم ضياع التأمينات التى تضمن الوفـــاء به ، كأن يجدد قيد الرهن الرسمى الضامن للدين المضمون .

وإذا كان له أن يقتضى شيئاً من هذا الـــدين دون تـــدخل مـــن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٧ ص ٢٧٤ .

الراهن . كان عليه أن يقتضيه فـــى الزمـــان والمكـــان المعينـــين للاستيفاء .

وعليه أن يبادر بإخطار الراهن بكل ما يأخـــذ مـــن الـــدين . وللمرتهن أن يأخذ كل ما ينتج من غلة الدين بشرط اســـتنزاله مـــن حقه المضمون بالرهن وفق الترتيب الذى سبق أن بيناه [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- التزامات الراهن والمرتهن فى رهن الـــدين هـــى نفـــس التزاماتهما فى رهن الأشياء الأخرى .

٢- فيجب على الراهن أن يسلم سند الدين ، وأن يرتـــب حـــق الرهن ، وأن يضمنه ، ويخالف الضمان أن ينهى الـــراهن الـــدين المرهون بدون موافقة المرتهن كأن يبرئ المدين ، أو يجدد الـــدين أو يدخل أى تعديل فيه من شأنه أن يضر بحقـــوق المـــرتهن كـــأن يتنازل عن الفوائد أو ينقص منها أو يمد الأجل أو يتنازل عن رهن يضمن الدين المرهون .

٣- ويلزم المرتهن أن يحافظ على الدين ، فيقطع التقادم ، ويقيد رهناً يضمن الدين المرهون ويجدد القيد ، ويقتضـــى الـــدين فـــى الزمان والمكان المحددين ويبادر بإخطار الراهن بذلك "[٢] .

---

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٤٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٧ ص ٢٧٣ .

مـــادة (١١٢٧)

يجوز للمدين فى الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضـــمون بـــالرهن ، وكـــذلك بأوجه الدفع التىتكون له هو قبل دائنه الأصلى ، كل ذلك بالقـــدر الذى يجوز فيه للمدين فى حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الـــدفوع قبل المحال إليه .

الشـــرح

٣٧٦- الدفوع التى يصح للملتزم بالدين المرهون أن يتمســك بها فى مواجهة المرتهن :

إذا رهن شخص دينه على آخر ، كان لهذا الآخر أن يتمسك فى مواجهة المرتهن بنوعين من الدفوع هما :

النوع الأول : الدفوع المتعلقة بالحق المضمون بالرهن . وعلة ذلك واضحة، إذ الرهن لا يصح إلا إذا ارتكز على التزام صحيح ، فإذا كان هذا الالتزام باطلا او كان صحيحا ثم انقضى ، فإن الرهن يقع بدوره باطلا ، أو يقع صحيحا ثم ينقضى ، وللمدين فى الـــدَيَن المرهون أن يتمسك فى مواجهة مرتهنه بكل الدفوع التى تؤدى إلى تقرير بطلان الحق المضمون أو انقضائه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" للمدين فى الدين المرهون أن يتمسك قبـل الـدائن المـرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن . فلو كان العقد الذى نشأ عنه هذا الحق باطلا كان الرهن باطلا كذلك ، وللمدين أن يتمسك بالبطلان قبل الدائن المرتهن وكذلك لو كان هذا الحـق قـد انقضى بأى سبب من أسباب انقضاء الحقوق . فللمدين أن يتمسـك قبل الدائن المرتهن بأن الحق المضمون بالرهن نفسه قـد انقضـى تبعا لانقضاء الحق . وهذا تطبيق للقاعدة التى تقضى بأن المدين فى الحوالة يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحـال إليـه وحـده (م٤٣٩ ممن المشروع)" [1].

النوع الثـانى : الدفوع التى تكون له قبل دائنه الأصلى (راهن الدين) وقت نفاذ الرهن فى حقه وذلك بالقدر الذى يجوز فيه للمدين فى حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال إليه . فإذا كان الدين المرهون باطلا ، أو كان هذا الدين قد انقضى وقت سـريان الرهن فى حق الملتزم به ، كان لهذا الأخير أن يتمسـك بـبطلان الدين أو انقضائه فى مواجهة مرتهنة . وهذا تطبيق للقاعـدة التـى تقضى بأنه يجوز للمدين فى حالة الحوالة أن يحتج على المحال إليه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٧٥ ومابعدها .

بكل الدفوع التى كان له ، وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، أن يحتج بها على المحيل (راجع المادة ٣١٢) [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وللمدين فى الدين المرهون كذلك أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع التى له قبل الدائن الأصلى . فلو كان العقد الذى نشأ عنه الدين المرهون باطلا كان للمدين أن يتمسك بهذا البطلان قبل الدائن المرتهن بالقدر الذى يجوز له قبل الدائن الأصلى . وكذلك لو كان الدين المرهون قد انقضى ، فللمدين أن يتمسك بالانقضاء قبل الدائن المرتهن بالقدر الذى يجوز له قبل الدائن الأصلى . وهذا أيضا تطبيق للقاعدة التى تقضى بأن المدين فى الحوالة يجوز له أن يحتج على المحال إليه بالدفوع التى كان له - وقت نفاذ الحوالة فى حقه - أن يحتج بها على المحيل (م٤٣٩ من المشروع) "[٢].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٤٧ ومابعدها - محمد على إمام ص ٥٥٩ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٧٦ .

مـــادة (١١٢٨)

١- إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكـل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه .

٢- وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال مـا أداه المدين ، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكـون فيه ضرر للدائن المرتهن ، مع المبادرة إلى إنشاء رهـن جديـد لمصلحة هذا الدائن .

الشــرح

٣٧٧- التصرف فى الدين المضمون عند حلول الأجــل :

إذا حل أجل الدين المرهون قبل حلول الحق المضمون بـالرهن فإنه لا يصح لكل من المرتهن والراهن أن ينفرد بقبض الدين ، بل يجب أن يحصل الوفاء به لهما معا ، وإذا اختلفا كان لكل منهما أن يطلب من المدين إيداعه خزانة المحكمة أو عند أمين يتفقان عليـه ويصح أن يكون أحدهما .

وعندئذ ينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه .

ويجب أن يتعاون الراهن والمرتهن على استغلال المبلغ الـذى

أداه المدين وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكــون فيه ضرر للدائن المرتهن .

فيودع فى بنك أو تشترى به أوارق مالية أو يســتثمر فــى أى مشروع آخر بشرط ألا يكون فى ذلك ضرر للدائن المرتهن كــأن يستغل لآجال طويلة تحول دون استيفاء المرتهن حقــه مــن هــذا المبلغ عندما يصبح هذا الحق مستحق الأداء[1] .

وأيا كانت طريقة استثمار المبلغ الذى يؤديه المدين ، يجب على الراهن المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة المرتهن .

فإذا أودع هذا المبلغ فى بنك ، انتقل الرهن إليه . وإذا رؤى أن يكون الاستثمار بشراء مال ، منقولا كان هذا المــال أو عقــارا ، التزم الراهن بإنشاء رهن عليه[2] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا حل الدين المرهون قبل حلول الحق المضمون ، فلا يقبض الدين إلا الراهن والمرتهن معاً ، ولا يجــوز للمــرتهن أن يســتقل بقبضه لأن الحيازة لاتثبت له إلا على دين فى الذمة . ويجوز لأى منهما أن يطلب من المدين أن يودع ما يؤديه عند أمين يتفقان عليه

---

(١) محمد على إمام ص ٥٦٠ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٥١ .

ويصح أن يكون أحدهما ، وينتقل حق الرهن إلى ما أداه المــدين . فإن كان المودع مبلغاً من النقــود ، وجــب أن يتعــاون الــراهن والمرتهن فى استغلاله على خير وجه ، دون أن يكون فـــى ذلـــك ضرر بالدائن المرتهن كأن يستغل لآجال طويلة يصعب معهــا أن يصفى فى الوقت الملائم لهذا الدائن . فإذا رؤى أن يكون الاستغلال بشراء عين ، وجب على الراهن أن ينشئ رهناً جديداً علـــى هــذه العين لمصلحة المرتهن "[1].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٧ ص ٢٨٠ .

مادة (١١٢٩)

إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه ، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقاً للمادة ١١٢١ الفقرة الثانية .

الشرح

٣٧٨- حلول الدين المرهون والدين المضمون بالرهن :

إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحقى الأداء ، ولم يكن المرتهن قد استوفى حقه كان للدائن المرتهن استيفاء حقه بأحد الطرق الآتية :

١- أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له . هذا إذا كان المستحق له والدين من جنس واحد . وفى هذه الحالة ينقضى حق المرتهن بقدر ما أخذ .

٢- أما إذا لم يكونا من جنس واحد . فللدائن المرتهن أن ينفذ على الدين المرهون ويطلب من القاضى الإذن ببيعه ، وهنا يستوفى حقه من الثمن..

٣- أن يطلب من القاضى الأمر بتمليكه الدين على أن تحسب قيمته بحسب تقدير الخبراء مما يحق له ، وذلك وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١١٢١ مدنى (راجع شرح هذه المادة) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وإذا حل الدين المرهون بعد حلول الحق المضمون للمرتهن إذا لم يكن قد تقاضى حقه أن يتولى قبض الدين ، أو أن يبيعه أو أن يتملكه طبقا للمادة ١٥٦٢ وإذا كان الدين المرهون من جنس الحق المضمون ، فلا يكون للمرتهن صفة فى القبض إلا بالقدر الذى يستوفى حقه ، ويلزم المدين أن يوفيه بهذا القدر فتبرأ ذمته نحو الراهن بقدر ما وفاه للمرتهن "[1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٨٠ ومابعدها .

(الباب الرابع)
الفصل الأول
أحكام عامة

مـــادة (١١٣٠)

١- الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعــاة منـــه لصفته .

٢- ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون .

الشـــرح

٣٧٩- تعريف حق الامتياز :

تعرف المادة حق الامتياز بأنه : " أولوية يقررها القانون لحــق معين مراعاة منه لصفته " .

ويبرز هذا التعريف المميز الأساسى لحق الامتياز وهو أنه ينشأ بناء على نص القانون . كذلك يبين منه أن مرجع الامتياز وجــود صفة فى الدين تستوجب رعايته . فهو يتقرر بسبب طبيعــة الـــدين وليس لشخص الدائن ، ومن ثم يعتبر الدين هو الممتاز لا الدائن.

ويلاحظ أن التعريف الوارد بالمادة يقرر أن الامتياز أولوية ولم يذكر أنه حق عينى يمنح التقدم والتتبع . وربما كان مرجع ذلك أن المشرع أراد أن يضع تعريفا يصدق على كل حقوق الامتيــاز . إذ أن بعض أنواعه ، وهى الامتيازات العامة تعطــى الأولويــة فــى

استيفاء الدين ولكن لا تمنح الحق فى تتبع المال محل الامتياز . فالامتيازات العامة ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار ولا تجيز تتبعها إذا انتقلت ملكيتها إلى الغير ، وهى على هذا النحو لا تقرر الامتياز على مال أو أموال معينة بالذات ، بل يظهر أثرها عند التنفيذ على أموال المدين حيث يستوفى صاحب الامتياز العام حقه بالأولوية على الآخرين . وقد حدا ذلك بكثير من الفقهاء إلى إنكار صفة الحق العينى التبعى على حقوق الامتياز العامة ، بخلاف الامتيازات الخاصة على المنقول والعقار التى تعتبر حقوقا عينية تبعية نظرا لأنها تنصب على مال معين بالذات وتمنح صاحبها الأولوية والتتبع[1] .

٣٨٠- الامتياز مصدره القانون :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون " - فالامتياز لا ينشأ إلا بناء على نص فى القانون ، فالمشرع وحده هو الذى يحتكر تقرير حقوق الامتياز وبهذا يختلف الامتياز اختلافا واضحا عن الرهن بنوعيه حيث مصدره المباشر هو الاتفاق ، وعن حق الاختصاص ، إذ مصدره المباشر هو إذن القضاء بتقريره .

وإذا كان الامتياز لا يتقرر إلا بمقتضى نص فى القانون فإنه يستحيل ترتيبه بالاتفاق ، ويمتنع على القاضى أن يقرر امتياز دين

---

(١) محمد على إمام ص ٥٦٢ ومابعدها - حسام الدين الأهوانى ص ٧٢٩.

مهما كانت صفته ، مادام القانون لا يقضى بامتيازه . فحقوق الامتياز من النظام العام ولايصح الاتفاق على إنشاء أنواع منها لم تقررها النصوص .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان حق الامتياز هو من التأمينات العينية ولا يقرر إلا بمقتضى نص فى القانون ، وكان القانون لم يرتب للبائع فى حالة بقائه منتفعا بالعقار المبيع أو بجزء منه بصفته مستأجرا بأجرة معينة أى امتياز على العين المبيعة ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون إذ اعتبر احتفاظ البائع فى عقد البيع بحقه فى الانتفاع بجزء من المنزل المبيع بصفته من حقوق الامتياز التى خولها له القانون ".

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/٥)

٢- " الامتياز لا يقرر لحق إلا بمقتضى نص فى القانون . ومن ثم فإن اشتراط المتعاقد امتيازا لحقه فى التعويض لا يعتد به وبالتالى يكون النص عليه لغوا " .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢١)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الامتياز لايقرر لحق إلا بمقتضى نص فى القانون ، ومن ثم فإن اشتراط المتعاقد امتيازا لحقه الذى لم يقرر له القانون هذا الامتياز لا يعتد به وبالتالى يكون النص عليه فى العقد لغوا " .

(طعن رقم ٤١١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٤/٩)

والقانون حينما يقرر الامتياز لدين من الديون لا يراعى إلا صفة هذا الدين ، فهو لا يدخل فى اعتباره شخص الدائن . فالمشرع يرى أن من الديون ما يمتاز بصفة خاصة ، تجعل الدين فى نظره جديرا برعايته فيكتنفه بحمايته ويوفر ضمان الوفاء به بتقرير امتيازه . وتختلف الصفة التى يرى المشرع من أجلها أن الدين جدير برعايته ومن ثم يقرر امتيازه باختلاف الأحوال ، فهى تارة كون الدائن أنفق مصروفات استفاد منها باقى الدائنين ، كما هى الحال فى امتياز المصروفات القضائية ، وهى تارة كون الدين مستحقا للخزانة العامة مساهمة من المدين فى القيام بأعباء الدولة ، كما هى الحال فى الضرائب والرسوم ، وهي تارة كون الوفاء بالدين لازما لمعيشة الدائن ، كما هى الحال فى امتياز الأجر المستحق للخدم والعمال وغيرهم من الأجراء ، وامتياز النفقة المستحقة للأقارب . وهى تارة كون الدائن قد أضاف شيئا جديدا لذمة المدين وأفاد بذلك باقى الدائنين ، كما هى الحال فى امتياز البائع ، إلى نحو ذلك .

وإذا قلنا إن الامتياز يقرر لصفة فى الدين دون اعتبار لشخص الدائن ، وضح أن الامتياز إنما يخلع على الدين لا على الدائن ، ولهذا كان الصحيح أن نقول الدين الممتاز أو الحق الممتاز ، كما جرى قول المشرع بذلك ، ولا نقول الدائن الممتاز .

ويترتب كذلك على كون الامتياز يخلع على الدين أن الامتياز يبقى ولو تغير شخص الدائن ، فإذا حول الدائن حقه الممتاز لآخر

أو حل هذا الأخر محله فيه ، كان للدائن الجديد أن يفيد من الامتياز . وكذلك يحق لدائنى الشخص الذى له حق ممتاز أن يستفيدوا باسمه من الامتياز ، تطبيقا للقاعدة العامة فى استعمال الدائن لحق مدينه غير المتصل بشخصه خاصة (المادة ٢٣٥) [١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يؤخذ من تعريف حق الامتياز أن الحق هو الممتاز لا الدائن، ذلك لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق ، والقانون هو الذى يتولى تعيين الحقوق التى تقتضى طبيعتها أن تكون ممتازة ، كما يعين مرتبة هذا الامتياز "[٢].

٣٨١- خصائص حق الامتياز :

لحق الامتياز عدة خصائص تخلص فيما يلى :

١- الامتياز حق عينى حيث يعطى صاحبه سلطة مباشرة على شئ تخوله الأولوية على ثمنه فى أى يد يكون . على أنه بالنسبة للامتيازات العامة ليس للامتياز من أثر سوى الأولوية . وقد أشرنا من قبل إلى أن ذلك دعا كثيرا من الفقهاء إلى إنكار صفة الحق العينى على الامتيازات العامة .

٢- حق الامتياز حق عينى تابع ، شأنه فى ذلك شأن الرهن بنوعيه وحق الاختصاص ، فالغرض من الامتياز هو تأمين الوفاء

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٥٧ ومابعدها-عبد المنعم البدراوى ص٣٩١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٨٦ .

بالدين المضمون به ، وهو لذلك لا يقوم إلا إذا قام هذا الدين ، وهو يتبعه فى مصيره .

٣- حق الامتياز يرد على جميع الأموال ، المنقولة منها والعقارية ، المادية منها والمعنوية ، ولا يستثنى من ذلك إلا الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل ، والأشياء التى لايمكن بيعها بالمزاد استقلالا .

٤- حق الامتياز كالرهن بنوعيه وحق الاختصاص هو حق غير قابل للتجزئة ، فهو يبقى على الشئ محل الامتياز ما بقى جزء من الدين الممتاز لم يوف به .

٥- يختلف حق الامتياز عن حق الرهن الرسمى من حيث محله ، فعلى حين لا يرد الرهن الرسمى إلا على العقار ، فإن حق الامتياز قد يرد على العقار أو على المنقول ، كما يرد على الأموال العقارية والمنقولة معا . ولايخرج من ذلك إلا الأشياء التى لايجوز بيعها بالمزاد استقلالا والأشياء الخارجة عن دائرة التعامل .

٦- حقوق الامتياز استثناء من القواعد العامة التى تقضى بالمساواة بين الدائنين . ويترتب على ذلك وجوب عدم التوسع فى تفسير النصوص التى تقرر حقوق الامتياز ، إذ الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فى تفسيره [١].

---

(١) محمد على إمام ص ٥٦٦ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٨٩ ومابعدها– عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٥٦ ومابعدها .

مـــادة (١١٣١)

١- مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخرا فى المرتبة عن كل امتياز ورد فى هذا الباب .

٢- وإذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبـــة واحـــدة ، فإنهـــا تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

الشـــرح

٣٨٢- تحديد مرتبة الامتياز :

القانون الذى ينص على الامتياز هو الذى يحدد مرتبته . وقـــد حدد القانون المدنى بالفعل مراتب الحقوق الممتازة التى وردت فيه.

أما الحقوق الممتازة التى ترد فى قوانين خاصــــة ، فـــإن هـــذه القوانين هى التى تحدد مرتبتها بالنسبة لسائر الحقوق فـــإذا أغفـــل القانون تحديد مرتبة الامتياز الذى يقرره صراحة ، جاءت مرتبتــــه بعد جميع الحقوق الممتازة الواردة فــــى البــــاب الخـــاص بحقـــوق الامتياز فى التقنين المدنى .

وينطبق هذا الحكم وهو اعتبار الامتياز غير المنصوص علــــى مرتبته متأخرا عن كل امتياز ، سواء كان الـــنص المقـــرر لهـــذا الامتياز واردا فى القانون المدنى ذاته ولكن فى موضع آخر غيـــر الباب الخاص بحقوق الامتياز ، أو كان واردا فى قانون خاص[١].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٩١ – السنهورى ص ٧٢٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الامتياز وعلى ما جرى به نص المادة ١١٣٠ من القانون المدنى هو " أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته " كما أن المادة ١١٣١ من ذات القانون تنص على أن " مرتبة الامتياز يحددها القانون " فالقانون وحده هو الذى يعين الحقوق الممتازة وهو وحده الذى يحدد مرتبة الامتياز بحيث لايجوز وضع ترتيبه اتفاقا أو قضاء ، وقد نصت المادة ١١٣٢ من القانون المدنى على أن ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين ، ومن ثم فإن صاحب حق الامتياز العام يباشر إجراءات التنفيذ على أى مال للمدين فيستوفى حقه الممتاز من هذا المال متقدما على جميع دائنى المدين العاديين ، لما كان ذلك وكانت المادة ١٢٤ من القانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالتأمينات الاجتماعية والمادة ١٠٥ من القانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ الملغى والتى تقابلها تنص على أن المبالغ المستحقة بمقتضى أحكام قانون التأمينات الاجتماعية يكون لها امتياز على أموال المدين من منقول وعقار وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية بما يجعل مرتبة امتياز حقوق الهيئة الطاعنة فى أعلى الدرجات بعد المصروفات القضائية ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه

أنه أهدر حق الامتياز المقرر لديون الهيئة الطاعنـــة علـــى جميـــع أموال مدينها باعتباره من حقوق الامتياز العامة المقررة بالقـــانون وبغير تفريق بين مال وآخر ثم عاد فجعل مجاله ميزانيـــة المنشـــأة دون ذكر لأسباب هذا التخصيص المخالف لما ورد مـــن الأحكـــام العامة فى القانون المدنى ومن الأحكام الخاصة فى قانون التأمينات الاجتماعية ، فإنه يكون قد خالف القانون فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/٤/٧)

٣٨٣ـ تساوى الحقوق الممتازة فى المرتبة :

إذا وردت عدة حقوق ممتازة ونص لها على مرتبة واحدة ، فإن هذه الحقوق تستوفى بنسبة قيمة كل منها . ما لم يوجد نص بغيـــر ذلك ومثال ذلك تزاحم امتياز بائع البذور مع امتياز بائع السماد فقد أعطى القانون هذين الحقين المرتبة الخامسة (المادة ١١٤٢) .

وعلى ذلك إذا باع (أ) إلى (ب) بذورا (تقاوى) بألف جنيـــه ، وباع (ج) إلى (ب) سمادا بخمسائة جنيه ، وبيع المحصول المحمل بالامتيازات التى تضمن حقوق البائعين فى الثمن بمبلـــغ تســـعمائة جنيه ، فإن بائع البذور يحصل من هذا المبلغ على ستمائة جنيـــه ، ويحصل بائع السماد على ثلاثمائة جنيه[1] .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٩١.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وكل حق ممتاز لم ينص القانون على مرتبة امتيازه يتأخر فى المرتبة على الحقوق الممتازة التى نص عليها المشروع فــى هــذا الباب . وإذا اتحدت مرتبة الامتياز فى حقين ، فإنهمـــا يســتوفيان بنسبة قيمة كل منهما "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٨٧ .

مــادة (١١٣٢)

ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقــول أو عقار معين .

الشـــرح

٣٨٤- حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة :

تنقسم حقوق الامتياز من حيث محلها ، أى من حيث الأمــوال التى ترد عليها إلى قسمين رئيسيين : حقــوق الامتيــاز العامــة ، وحقوق الامتياز الخاصة .

ونعرض لهذين القسمين فيما يلى :

٣٨٥- (أ)- حقوق الامتياز العامة :

حقوق الامتياز العامة هى التى ترد على أموال المدين جميعهــا من منقول وعقار . فهى لا تقع على شئ معين بالذات .

وهى تشمل – كما سنرى – امتياز المبالغ المستحقة للأجــراء وامتياز نفقات توريد المأكل والملبس للمدين ولمن يعولــه وامتيــاز النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيــرة ، وقد نصت عليها المادة ١١٤١ مدنى .

وهى تعطى لصاحبها أولوية على غيره عند التنفيذ على أمــوال

المدين ولأنها لا ترد على مال معين بالذات ، فإنها لا تمنح صاحبها حقا فى تتبع أموال المدين ولذلك أيضا – كما سنرى – لم يخضعها المشرع للشهر حتى لو كان محلها عقارا .

٣٨٦- (ب)- حقوق الامتياز الخاصة :

حقوق الامتياز الخاصة هى حقوق تقع على مال معين بالذات .

وهى تنقسم بدورها إلى حقوق امتياز خاصة على منقول وحقوق امتياز خاصة على عقار .

١- حقوق الامتياز الخاصة المنقولة :

ترد حقوق الامتياز الخاصة المنقولة على منقول أو منقولات معينة ، كامتياز مصاريف حفظ وترميم المنقول (م١١٤٠) وامتياز مؤجر العقار على منقولات المستأجر (م١١٤٣) وامتياز صاحب الفندق على أمتعة النزيل (م١١٤٤) وامتياز بائع المنقول (م ١١٤٥) وامتياز متقاسم المنقول (م١١٤٦) .

وهى كأى تأمين عينى تعطى لصاحبها الأولوية والتتبع على محل الحق العينى التبعى .

غير أنه يلاحظ أن حق الدائن صاحب الامتياز فى تتبع المنقول كثيرا ما يتعطل بناء على تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

٢- حقوق الامتياز الخاصة العقارية :

حقوق الامتياز الخاصة العقارية هى التى ترد علــى عقــار أو عقارات معينة .

وهى تشمل امتياز بائع العقار (م١١٤٧) وامتيــاز المقــاول والمهندس المعمارى (م١١٤٨) وامتياز متقاسم العقار (م١١٤٩) .

ولايختلف الامتياز الخاص على العقار عن الرهن الرســمى إلا من حيث مصدره ، فهو يتقرر بناء على نص القانون فى حــين أن الرهن الرسمى ينشأ عن الاتفاق . أما فيما عدا ذلــك فــلا خــلاف بينهما ويسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرســمى كمــا سنرى .

(راجع نقض طعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٠ ق جلســة ١٩٧٦/٤/٧ المنشور بشرح المادة السابقة) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تنقسم حقوق الامتياز إلى :

١- حقوق امتياز عامة على جميع أموال المدين ، كامتياز النفقة وامتياز المبالغ المستحقة للأجراء .

٢- حقوق امتياز خاصة على منقول معين ، كامتياز المــؤجر وامتياز بائع المنقول. ولا يحتج بهذه الحقوق على حائز حسن النية ،

فإذا اشترى المستأجر منقولا لم يدفع ثمنه ، وأدخلـه فـي العـين المؤجرة وكان المؤجر حسن النية أى لا يعلم بامتياز البائع ، فـإن هذا الامتياز الأخير لا يحتج به على المؤجر ، وكذلك الأمر لو كان المنقول لم يدفع ثمنه ودخل فى أمتعة نزيل الفندق فلا يحتج بامتياز البائع على صاحب الفندق . ويتبين مـن ذلـك أن حـق الامتيـاز الخاص على منقول عرضة للضياع ، لذلك أجاز المشـروع ، إذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق الامتياز ، أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

٣- حقوق امتياز خاصة على عقار معين ، كامتياز بائع العقار وامتياز المتقاسم فى العقار ... الخ "[١] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٩٢ ومابعدها .

مـــادة (١١٣٣)

١- لايحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية .

٢- ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه .

٣- وإذا خشى الدائن لأسباب معقولة ، تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

الشـــرح

٣٨٧- عدم الاحتجاج بحق الامتياز على حائز المنقول بحسن نية :

لايحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية ، فسلطة تتبع المنقول المحمل بالامتياز قد تتعطل وتصبح بدون فائدة إذا انتقل المنقول إلى شخص تتوافر لديه شروط التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ١١٣٣ من القانون المدنى على أنه " لايحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية ويعتبر حائزا فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى

العين المؤجرة ... " مفاده أن جميع حقوق الامتياز سـواء كانـت حقوق امتياز عامة فى جميع أموال المدين أم كانت حقوق امتيـاز خاصة على منقول معين ، لا يحتج بها على الحائز حسن النية لأنه بالإضافة إلى أن عبارة " حق الامتياز " جاءت بهذا الـنص عامـة دون تخصيص ، فإن هذا النص ورد فى الفصل الأول من البـاب الرابع من الكتاب الرابع من القانون المدنى الخاص بالأحكام العامة فى حقوق الامتياز ، هذا فضلا عن أن هذا النص قصد به تغليـب قاعدة الحيازة بحسن نية على الامتياز سواء كان خاصا أم عامـا . وإذ كانت المادة ١٢٤ من القانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ تنص علـى أن المبالغ المستحقة للهيئة الطاعنة – الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية – يكون لها امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، فإن ذلك لا يعنى أنه يحتج بها على الحائز حسن النية شأنها فـى ذلـك شأن سائر حقوق الامتياز سواء كانت عامة أو خاصة " .

(طعن رقم ١٣٦٢ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٠)

وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة مثلين للحائز فى حكم المادة هما : مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجـودة فـى العـين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه .

ونعرض لهذين المثلين فيما يلى :

١- مؤجر العقار :

إذا اشترى شخص منقولا لم يدفع ثمنه ، فإن المنقول يبقى مثقلا بحق امتياز الثمن . فإذا نقل المشترى هذا المنقول إلى منزل استأجره ، وكان المؤجر حسن النية أى لا يعلم أن المنقول مثقل بحق امتياز ، فإن المنقول متى نقل إلى العين المؤجرة بحوزة المؤجر بحسن نية ، تتغلب هذه الحيازة بحسن النية على حق امتياز البائع ، ويفضل فى هذه الحالة مؤجر العقار على بائع المنقول ، أى أن امتياز المؤجر يتغلب على امتياز البائع .

٢- صاحب الفندق :

إذا كان المنقول فى المثل السابق ، الذى لم يدفع المشترى ثمنه نقله المشترى ضمن أمتعته إلى فندق نزل فيه ، وكان صاحب الفندق يعتقد بحسن نية أن المنقول ملك النزيل وأنه غير مثقل بحق امتياز ففى هذه الحالة يفضل صاحب الفندق حسن النية على بائع المنقول ويتقدم امتياز صاحب الفندق على امتياز بائع المنقول[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ولا يحتج بهذه الحقوق على حائز حسن النية ، فإذا اشترى المستأجر منقولا لم يدفع ثمنه ، وأدخله فى العين المؤجرة وكان المؤجر حسن النية أى لا يعلم بامتياز البائع ، فإن هذا الامتياز

---

(١) السنهورى ص ٧٢٧ .

الأخير لا يحتج به على المؤجر ، كذلك الأمر لو كان المنقول لـم يدفع ثمنه ودخل فى أمتعة نزيل الفندق ، فلا يحتج بامتيـاز البـائع على صاحب الفندق "[١].

٣٨٨- طلب صاحب الامتياز وضع المنقول تحت الحراسة :

لما كان حق التتبع يتهدد بالتعطل إذا استطاع الغيـر الاسـتناد لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، فقد خول المشرع صـاحب حق الامتياز إذا ما خشى لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر معقولية هذه الأسباب[٢] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .. لذلك أجاز المشروع، إذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق الامتياز ، أن يطلب وضعه تحت الحراسة "[٣].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٩٢ .

(٢) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٥٥٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٩٢ .

مـــادة (١١٣٤)

١- تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقـــار ، أحكـــام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيـــد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو .

٢- ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لايجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، ولا حاجـــة للشـــهر أيضا فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة. وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رســـمى مهمـــا كـــان تاريخ قيده . أما فيما بينها ، فالامتياز الضامن للمبالغ المســـتحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة .

الشـــرح

٣٨٩ـ ســريان أحكام الرهن الرسمى على حقوق الامتيـــاز الواقعة على عقار :

تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار ، أحكام الـــرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق .

وبصفة خاصة تجرى الأحكام الآتية :

١- أحكام التطهير.

٢- أحكام القيد وآثاره وتجديده ومحوه وإلغاء المحو .

وحقوق الامتياز تأخذ مرتبتها كالرهن الرسمى من تاريخ قيدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وحقوق الامتياز هذه تنطبق عليها أحكام الرهن الرسمى وإن كان مصدرها نص القانون . فيجب قيدها ، وتأخذ مرتبتها من وقت القيد وتسرى أحكام القيد من آثار وتجديد ومحو ويجوز تطهيرها"(١).

٣٩٠- عدم شهر حقوق الامتياز العامة وعدم ثبوت حق التتبع فيها :

حقوق الامتياز العامة ولو كانت واردة على عقار لا يلزم شهرها ، ولذلك لا يثبت فيها حق التتبع . وتقصر على حق التقدم فمتى نفذ الدائن عليها وهى مملوكة للمدين تقدم فى مرتبته على سائر الدائنين .

أما فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٩٣ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إلا أن هناك حقوق امتياز تقع على عقار ولا تشــهر ، وهــى حقوق الامتياز العامة فيما يقع منها على العقار . ولذلك لا يثبــت فيها حق التتبع ، وكذلك لا يشهر حق امتيــاز المبــالغ المســتحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار وهو حق يقترن بــالتتبع ، ومــع ذلك لا يشهر لتفاهته . وحقوق الامتياز العقارية التى لا تشهر تسبق فى المرتبة كل امتياز عقارى آخر ، وكل حق مقيد مهما كان تاريخ قيده . أما فيما بينها فامتياز المبالغ المستحقة للخزانــة تســبق فــى المرتبة حقوق الامتياز العامة . وتستوفى حقوق الامتياز العامة فيما بينها بنسبة كل منها "[١].

٣٩١- حقوق الامتياز العقاريــة الضــامنة لمبــالغ مســتحقة للخزانة العامة :

حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة، لايلزم شهرها ، رغم أنه تعطى الخزانة العامة حق التقدم والتتبع . وقد أعفاها المشرع من الشهر مقدرا تفاهة الامتياز .

وهذه الحقوق جميعا تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده[٢] .

أما إذا تزاحمت فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المســتحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٧ ص ٢٩٣ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٧٥ .

مــادة (١١٣٥)

يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكـــام متعلقة بهلاك الشئ أو تلفه .

الشـــرح

٣٩٢- سريان أحكام الرهن الرسمى فى هلاك الشئ أو تلفه على حقوق الامتياز:

تنص المادة على أنه يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشئ أو تلفه ، وقد تعرضنا لهـــذه الأحكام فى شرح المادتين (١٠٤٨ ، ١٠٤٩) فنحيل عليه .

مــادة (١١٣٦)

ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقــين ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك .

الشــرح

٣٩٣- انقضاء حق الامتياز :

تقضى المادة بأن حق الامتياز ينقضى بــنفس الطــرق التــى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة ووفقا لأحكــام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

وعلى ذلك فحق الامتياز باعتباره تأمينا نشــأ ضــمانا للوفـــاء بالالتزام المضمون ، كالرهن الرسمى ورهن الحيازة ، فإنه ينقضى بطريقة تبعية تبعا لانقضاء الدين المضمون بالوفاء أو بغيــره مــن طرق انقضاء الالتزامات .

بجانب ذلك فإن حق الامتياز الوارد على منقول ينقضى بصـــفة مستقلة بنفس الطرق التى ينقضى بها الرهن الحيازى على منقول .

كما أن حق الامتياز الوارد على عقار ينقضى بصفة مســتقلة ، بنفس الطرق التى ينقضى بها الرهن الرسمى .

غير أنه يجب ملاحظة أن حقوق الامتياز العامــة لا تنقضـــى بهلاك مال معين من أموال المدين وذلك لعدم ورودها علــى مــال بذاته[١] .

---

(١) همام محمد زهران ص ٦٥٩ – محمد لبيب شنب ص ٢٩١ ومابعدها .

وكل ذلك ما لم يرد نص على خلاف ذلك .

ونحيل فى ذلك إلى شرح المــواد (١٠٨٢ ، ١٠٨٣، ١١١٢، ١١١٣) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وينقضى حق الامتياز فى العقار بما ينقضى به حــق الــرهن الرسمى وحق الاختصاص كما ينقضى حق الامتياز فى المنقول بما ينقضى به حق الرهن الحيازى وذلك ما لم يوجد نص خاص يقضى بغيره " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٩٦ .

الفصل الثانى
أنواع الحقوق الممتازة
مـادة (١١٣٧)

الحقوق المبينة فى المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة .

الشـرح

٣٩٤- أنواع الحقوق الممتازة :

ورد فى هذا الباب (الباب الرابع – حقوق الامتياز) معظم الحقوق الممتازة ، بينما توجد نصوص خاصة تقرر حقوق امتياز أخرى ، وقد وردت هذه النصوص فى القانون المدنى وفى تشريعات خاصة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يقرر هذا النص أن هناك حقوقا ممتازة أخرى غير التى ذكرت فى هذا الباب تقررها نصوص خاصة ، مثل ذلك حق امتياز النقابة فى ملكية الطبقات (أنظر م ١٢٣٨ من المشروع) وحق امتياز أتعاب المحامى وقد تقرر فى قانون خاص "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٢٩٧ .

١ ـ حقوق الامتياز العامة
وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول
مـــادة (١١٣٨)

١- المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة جميع الــدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال.

٢- وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولــو كــان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم . وتتقدم المصروفات التى أنفقت فى بيع الأموال على تلك التى أنفقت فى إجراءات التوزيع .

الشـــرح

امتياز المصروفات القضائية :

٣٩٥- الحكمة من الامتياز :

الحكمة من هذا الامتياز هى أن الدائن بالحق الممتاز قــد أفــاد الدائنين الآخرين الذين يحتج عليهم بالامتياز ، ولهذا فمن العدل أن يتقدم منفقها على كل من أفاد من إنفاقها . والمشرع عندما قرر هذا الامتياز فإنه يستهدف فى المقام الأول التشجيع على الأعمال التى تعود بالفائدة على الدائنين جميعا وفى مقدمتها المصروفات القضــائية . ولذلك فإنه يجنب من أنفقها مزاحمة الدائنين حيــث يتقــدمهم فــى استردادها[١] .

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ٧٤٧ .

٣٩٦- الحق المضمون بهذا الامتياز :

يضمن امتياز المصروفات القضائية ، المبالغ التى أنفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها .

والمقصود بالمصروفات التى أنفقت فى حفظ أموال المدين وبيعها ليس المصروفات التى أنفقت فى حفظها ماديا من التلف أو الهلاك ، فهذه لها امتيازها الخاص ولكن المقصود بها تلك التى أنفقت فى التحفظ على أموال المدين أى حفظها قانونا تمهيدا للتنفيذ عليها .

فيجب أن تكون أنفقت فى إجراءات تحت إشراف القضاء أو أعوانه .

وليس فى إجراءات ودية كبيع أموال المدين وتصفيتها تصفية ودية بمعرفة أحد الدائنين ، إلا إذا عهد إليه بذلك جميع الدائنين ، فإنهم فى هذه الحالة يقرون ضمنا حقه فى استيفاء المصروفات قبل توزيع الثمن .

ومثال المصروفات القضائية ما ينفق فى وضع الأختام على أموال المدين وجرد التركة وتصفيتها ، وإجراء القسمة تمهيدا لنزع ملكية حصة المدين مفرزة ، وتلك التى تصرف فى تصفية الشركة وفى دعوى الحراسة وإدارة أموال المدين الموضوعة تحت الحراسة وأجر الحارس وفى دعوى شهر الإعسار أو شهر الإفلاس ،

ونفقات إدارة أموال المدين المفلس وأمين التفليسة ، ومصاريف الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية والحجوز التحفظية .

كما يدخل فى هذه المصروفات مصاريف الحجوز التحفظية والتنفيذية وإجراءات نزع الملكية وبيع الأموال وتوزيعها على الدائنين ، وأتعاب المحامين .

وإذا حققت المبالغ فائدة لبعض الدائنين دون غيرهم فإن الامتياز لا يحتج به إلا فى مواجهة من أفادوا منها فقط .

ويضمن الامتياز المبالغ السابقة أيا كان من أنفقها ، فقد يكون من أنفقها هو أحد الدائنين وهو الدائن المباشر للإجراءات ، وقد يكون إنفاقها بواسطة أجنبى كحارس قضائى أو سنديك أو مصفى أو كانت مستحقه للخزانة العامة(١) .

ولايدخل فى هذه المصروفات ، المصروفات التى تكون خاصة بالدائن التى أنفقها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الحق الممتاز : هو المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة فى حفظ أموال المدين وبيعها . فنفقات الحجوز التحفظية ، والحراسة ، والحجز التنفيذى ، وإجراءات نزع الملكية ، والتوزيع كلها ممتازة ، على أن تكون لمصلحة الدائنين المشتركة ،

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٤٣١ – محمد لبيب شنب ص ٢٩٥ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٤ .

فما كان منها لمصلحة خاصة لدائن معين ، كما في الدعوى البوليصية ، وإجراءات تحقيق الدين لأحد الدائنين ، فلا يدخل في هذا الامتياز "[١].

٣٩٧- محل الامتياز :

يقع امتياز المصروفات القضائية على ثمن الأموال التى بيعت وفاء لحقوق الدائنين .

ويستوى أن تكون هذه الأموال منقولة أو عقارية ، كل أموال المدين أو بعضها ، فمحل الامتياز هو الثمن ، وهو منقول ، ولذلك كان هذا الامتياز امتيازا على منقول فهو لا يرد على الأموال ذاتها وإنما على ثمنها "[٢].

وإذا كانت إجراءات الحفظ قد انصبت على جزء من أموال المدين فقط ، فإن الامتياز يرد على هذا الجزء فقط[٣].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" محل الامتياز : هو الثمن رسى به المزاد عند بيع أموال المدين . فالامتياز يقع إذا على منقول . وقد يكون خاصاً ، إذا كان التنفيذ على أعيان محددة ، عقاراً كانت أو منقولا ، وقد يكون عاما إذا بيعت كل أموال المدين"[٤].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٠ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٥ – السنهورى ص ٧٣٨ – محمد لبيب شنب ص ٢٩٦ .

(٣) محمد على إمام ص ٥٨١ – نعمان جمعه ص ٧٤٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٠ .

٣٩٨- مرتبة الامتياز :

تقضى الفقرة الثانية من المادة بأن امتياز المصروفات القضائية يأتى فى المرتبة الأولى . فهو لا يسبق فقط الدائنين العاديين ولكن يسبق أيضا كل الدائنين ذوى التأمين الخاص وسواء كان هذا التأمين الخاص حق رهن رسمى أو حق اختصاص أو رهنا حيازيا أو امتيازا من أى نوع . ولو كان هؤلاء هم الدائنون الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم .

ولايحتج بهذا الامتياز إلا ضد الدائنين الذين استفادوا من المصروفات القضائية[١] .

والدائن بهذه المصروفات يستوفيها قبل حقه الأصلى أيضا ، ويقتصر امتيازه على المصروفات ولا يتعداه إلى هذا الحق .

٣٩٩- تزاحم الدائنين :

إذا تزاحم عدة دائنين بمصروفات قضائية ، وأنفق أحدهم مصروفات لحفظ المال ، وثان مصروفات فى بيعه ، وثالث مصروفات لتوزيع ثمنه ، تقدمت مصروفات الحفظ والبيع على مصروفات التوزيع .

أما مصروفات الحفظ والبيع فهى متساوية فيما بينها ، فإذا لم يكف الناتج من البيع لاستيفائها، قسم الثمن على أصحابها قسمة غرماء ، كل بحسب ما أنفق من مصروفات .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٥ .

وكذلك يتساوى الدائنون بنفقات التوزيع فيما بينهم [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" مرتبة الامتياز : هى المرتبة الأولى . أما فيما بين هذه الديون الممتازة فتقدم مصروفات الحفظ والبيع (وهى متساوية فيما بينها) على مصروفات التوزيع "[٢].

٤٠٠- امتياز أتعاب المحامى :

تنص المادة (٨٨) من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ (المعدل) على أن : " لأتعاب المحامين وما يلحق بها من مصروفات امتياز يلى مباشرة حق الخزانة العامة على ما آل إلى موكله نتيجة عمل المحامى أو الحكم فى الدعوى موضوع الوكالة وعلى ضمانات الإفراج والكفالات أيا كان نوعها ".

ومن هذا النص يبين أن امتياز المحامى فى سبيل اقتضاء أتعابه وما تكبده من مصاريف يقع على ما آل إلى موكله نتيجة عمل المحامى أو الحكم فى الدعوى ، التى وكل فيها ، سواء كانت هذه منقولات أو عقارات أو ديونا أو مبالغ نقدية ، كما يقع على ضمانات الإفراج والكفالات أيا كان نوعها وأيا كان دافعها.

وأما مرتبة هذا الامتياز فتأتى فى المرتبة بعد حق الخزانة العامة مباشرة .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٨١ ومابعدها – السنهورى ص ٧٣٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٠ .

مـــادة (١١٣٩)

١- المبالغ المستحقة للخزانة العامة مـــن ضـــرائب ورســـوم وحقوق أخرى من أى نوع كان ، يكون لهـــا امتيـــاز بالشـــروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن .

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمـــن الأمـــوال المثقلـــة بهـــذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخـــر ، ولـــو كـــان ممتـــازاً ومضموناً برهن رسمى عدا المصروفات القضائية .

الشـــرح

امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة :

٤٠١- الحكمة من الامتياز :

الحكمة من هذا الامتياز أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع تكون عنصرا هاما من عناصر إيرادات الدولة ، وتقتضى المصلحة العامة ضمان تحصيلها حتى لا يتعطل نشاط السلطات العامة .

٤٠٢- الحقوق المضمونة بالامتياز :

الحقوق المضمونة بهذا الامتياز هى المبالغ المســـتحقة للدولـــة ولسائر الأشخاص الاعتبارية العامة باعتبارها سلطة عامة .

وذلك مثل الضرائب والرسوم وكافة الحقـــوق الأخـــرى التـــى تقتضيها الدولة باعتبارها سلطة عامة . فيدخل في ذلـــك ضـــريبة

الأطيان والضريبة على العقارات المبنية والضرائب على الإيـراد بمختلف أنواعه ورسوم التمغة والرسوم الجمركية وضريبة الملاهى وكل حق آخر للدولة ينص المشرع على تمتعه بالامتياز .

ويشترط لتحقق هذا الامتياز أن يكون هناك نص فـى القـانون يقضى بأن لهذه المستحقات امتيازا بشروط أو بغير شروط . وبناء على ذلك إذا كان للحكومة مستحقات ولم يكن هناك نص فى القانون يقرر أن هذه المستحقات بالذات ممتازة فإن الامتياز لا يقوم .

وكذلك إذا كان القانون قد قرر لها امتيازا بشروط معينة ، ولكن هذه الشروط لم تتوافر ، فالمادة فى حد ذاتها لا تفيد شـيئا وإنمـا ترتكز على النصوص الأخرى(١) .

أما المبالغ المستحقة للدولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون الخاص كما هو الحال إذا باعت أو أجرت أموالها الخاصة للأفـراد أو تعاقدت معهم فى شأن توريد أو غير ذلك فإنها لا تتمتع بامتيـاز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، ولا يكون للدولة بالنسـبة لهـذه المبالغ سوى امتياز البائع أو المؤجر أو أى امتياز آخر يقرره نص القانون بحسب الأحوال شأنها فى ذلك شأن الأفراد .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الحق الممتاز : هو الضرائب والرسوم وكل المبالغ المستحقة

---

(١) أحمد سلامه ص ٤٢٢- محمد لبيب شنب ص ٢٩٧ - همـام محمـد زهران ص ٧١٥ .

للخزانة العامة . (أنظر الأمر العالى الصادر فى ١٠ سبتمبر سنة ١٨٧٢ والأمر العالى الصادر فى ١٣ مارس سنة ١٨٨٤) .

محل الامتياز : هو ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز طبقاً للقوانين الخاصة "(١) .

ومن أمثلة النصوص الواردة فى القوانين بتقرير امتيازات للمبالغ المستحقة للخزانة العامة ما يأتى :

١- القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ بضريبة الأطيان :

إذ ينص فى المادة ١٦ منه على أن : " للخزانة العامة فيما يختص بتحصيل الضريبة - حق الامتياز على الأراضى المستحقة عليها الضريبة ، وكذلك على ثمارها ومحصولاتها وعلى المنقولات التابعة لهذه الأراضى " .

٢- القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الضريبة على العقارات المبنية :

إذ تنص المادة ٢٧ من القانون (المستبدلة بالقانون رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٥٥) على أن : " للحكومة والمجالس البلدية التى لها حق ربط وتحصيل الضريبة حق الامتياز على الإيجار والإيراد والمنقولات الخاصة بالعقارات المبنية والأراضى الفضاء المستغلة المستحقة عليها الضريبة وعلى المبانى والأراضى المقامة عليها أو الملحقة بها سواء كانت هذه الأراضى ملكا لأصحاب المبانى أو لغيرهم " .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٢ .

٣- القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ (المعدل) بإصدار قانون الجمارك :

تنص المادة الخامسة من القانون على أن :

" تخضع البضائع التى تدخل أراضى الجمهورية لضرائب الواردات المقررة فى التعريفة الجمركية علاوة على الضرائب الأخرى المقررة وذلك إلا ما يستثنى بنص خاص .

أما البضائع التى تخرج من أراضى الجمهورية فلا تخضع للضرائب الجمركية إلا ما ورد بشأنه نص خاص .

وتحصل الضرائب الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم التى تستحق بمناسبة ورود البضاعة أو تصديرها وفقا للقوانين والقرارات المنظمة لها . ولايجوز الإفراج عن أية بضاعة قبل إتمام الإجراءات الجمركية وأداء الضرائب والرسوم المستحقة ما لم ينص على خلاف ذلك فى القانون .

ويكون لمبالغ الضرائب والرسوم المشار إليها وغيرها من المبالغ التى تستحق للخزانة العامة طبقا لأحكام هذا القانون ، امتياز على جميع أموال المدينين بها أو الملتزمين بأدائها ، وتستوفى من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أى يد كانت قبل أى جق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا بحق عينى تبعى ، عدا المصاريف القضائية ".

٤- القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بإصدار قانون الضريبة على الدخل :

تنص المادة (١٠٢) من القانون على أن : " تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون دينا ممتازا تالية فى المرتبة للمصروفات القضائية وذلك على جميع أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريدها .

ويكون دين الضريبة واجب الأداء فى مقر المصلحة وفروعها دون حاجة إلى مطالبة فى مقر المدين ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٩ من القانون المدنى على أن " المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن " يدل على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة بجميع أنواعها ومنها – وعلى سبيل المثال – الضرائب والرسوم لا تكون ممتازة ولا يثبت لها هذا الامتياز إلا إذا قضت بامتيازها القوانين والأوامر الخاصة بكل منها وبالشروط والقيود التى تقررها هذه القوانين والأوامر ، بحيث إذا استحق للخزانة العامة مبلغ ما ولم يوجد قانون أو أمر يقضى بامتيازه فإنه لا يتمتع بهذا الامتياز وإذا وجد تعين الرجوع إليه للتعرف على شروط الامتياز ونطاقه ووعائه وما عساه أن يرد عليه من أموال .

(ب) بالرجوع إلى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتعديلات التى أدخلت عليه بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ والقانون رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٥٣ والقانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٥٥ - وهو القانون الذى أحال إليه القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ بفرض ضريبة عامة على الإيراد - يبين أنه نص فى المادة ٩٠ منه على أن " تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون دينا ممتازا على أموال المدينين بها أو الملزمين بتوريدها إلى الخزانة بحكم القانون " وهو بذلك إنما يقرر للخزانة العامة - مصلحة الضرائب - حق امتياز عام على أموال المدينين بها أو الملزمين بتوريدها فتجرى فى شأنها ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ من القانون المدنى من أن حقوق الامتياز العامة " لايجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ولو كان محلها عقارا " غير محمل بذاته بدين الضريبة ، واكتفى بما قرره من ضمانات ووسائل خاصة للتحفظ على حقوق الخزانة فضلا عن الضمانات العامة فى القانون . وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على أن دين الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية والضريبة العامة على الإيراد يخول مصلحة الضرائب حق تتبع عقارات مدينيها المثقلة بامتياز الخزانة العامة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ١٣١ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١١)

٢- (أ)- " النص فى المادة ١/١١٣٩ من القانون المدنى على أن : " المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن " يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة بجميع أنواعها ومنها - وعلى سبيل المثال - الضرائب والرسوم لا تكون ممتازة ولا يثبت لها هذا الامتياز إلا إذا قضت بامتيازها القوانين والأوامر الخاصة بكل منها ، وبالشروط والقيود التى تقررها هذه القوانين والأوامر بحيث إذا استحق للخزانة العامة مبلغ ما ولم يوجد قانون أو أمر يقضى بامتيازه فإنه لا يتمتع بهذا الامتياز ، وإذا وجد تعين الرجوع إليه للتعرف على شروط الامتياز ونطاقه ووعائه وما عساه أن يرد عليه من أموال " .

(ب)- " الرجوع إلى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتعديلات التى أدخلت عليه بالقوانين ١٤٦ لسنة ٥٠ و ٢٥٣ لسنة ١٩٥٣ و ٢٤٤ لسنة ١٩٥٥ - وهو القانون الذى أحال إليه القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٤١ بفرض ضريبة خاصة على الأرباح الاستثنائية والمعدل بالقانون ٨٧ لسنة ١٩٤٣ - يبين أنه نص فى المادة ٩٠ منه على أن " تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون دينا ممتازا على أموال المدينين بها أو الملزمين بتوريدها

إلى الخزانة بحكم القانون " وهو بذلك إنما يقرر للخزانة العامة - مصلحة الضرائب - حق امتياز عام على أموال المدينين بها أو الملزمين بتوريدها فتجرى فى شأنها ما نصت عليه المادة ٢/١١٣٤ من القانون المدنى من أن حقوق الامتياز العامة لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ولو كان محلها عقارا غير محمل بذاته بدين الضريبة واكتفى بما قرره من ضمانات ووسائل خاصة للتحفظ على حقوق الخزانة ، فضلا عن الضمانات العامة فى القانون . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على أن دين الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية والأرباح الاستثنائية يخول مصلحة الضرائب حق تتبع عقارات مدينها المثقلة بامتياز الخزانة العامة فإنه يكون قد خالف القانون ".

(ج)- " كلما أراد المشرع أن يخول الخزانة العامة حق تتبع أموال مدينها استيفاء لحق من حقوقها الممتازة - وبصرف النظر عن عدم شهره - نص على هذا الامتياز الخاص ورسم معالمه ونطاقه وهو ما نصت عليه القوانين الخاصة بضرائب الأطيان والمبانى والرسوم الجمركية والقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات " .

(طعن رقم ٣٠٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٧)

٣- " الضرائب المستحقة بمقتضى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية ، وعلى كسب العمل ، تعتبر وفقا

للمادتين ١١٣٩ من القانون المدنى و ٩٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ سالف البيان دينا ممتازا على جميع أموال المدينين أو الملزمين بتوريدها إلى الخزانة بحكم القانون أى أن هناك حقا عينيا تبعيا على المنشأة يثبت قبل من يشتريها ، وإذ كان ذلك يرجع إلى فعل البائع لها ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا تعرضا للمشترى ، يضمنه البائع ، والضامن المتضامن معه فى عقد البيع فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦)

٤- (أ)- " مؤدى نص المادة ١١٣٩ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة بجميع أنواعها ومنها الضرائب ، تكون ممتازة ، ويثبت لها هذا الامتياز إذا قضت بامتيازها القوانين والأوامر الخاصة بكل منها ، وبالشروط والقيود التى تقررها هذه القوانين والأوامر ، بحيث إذا استحق للخزانة العامة مبلغ ما ، ووجد قانون أو أمر يقضى بامتيازه تعين الرجوع إليه للتعرف على شروط الامتياز ونطاقه ووعائه وما عساه أن يرد عليه من أموال " .

(ب) نص المادة ٩٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل ، يقرر للخزانة العامة - مصلحة الضرائب - حق امتياز عام على أموال المدينين بها أو الملزمين بتوريدها ، فيجرى فى شأنها ما تقضى به الفقرة الثانية

من المادة ١١٣٤ من القانون المدنى ، من أن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا ، لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، وأنها تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده " .

(ج)- " مفاد نص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن الملكية فى المواد العقارية تنقل بالتسجيل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير . وإذ كان الثابت فى الدعوى أن مورث الطاعنة باع مساحة من الأطيان الزراعية إلى مورث المطعون عليهم عدا الأولى ، ولعدم سداد باقى الثمن اتخذ البائع إجراءات التنفيذ العقارى بالنسبة لقدر من هذه الأطيان ، وكانت ملكية الأطيان المذكورة قد انتقلت إلى المشترى – وهو مدين مصلحة الضرائب – بتسجيل عقد البيع ، فيكون ثمنها المودع من الراسى عليهم المزاد حقا خالصا لهذا المشترى المدين ، ويجوز للمصلحة بما لها من حق امتياز عام على أموال مدينها أن تستوفى حقها من الثمن المذكور بالأولوية على سائر الديون الممتازة ومن بينها باقى الثمن المستحق للطاعنة ، ولا يغير من ذلك قول الطاعنة إنه لو كان مورثها قد استعمل حقه فى الفسخ لعدم وفاء المشترى بباقى الثمن لعادت إليه الأطيان المنزوعة ملكيتها غير محملة بحق ما لمصلحة الضرائب أو سواها من دائنى المشترى ، ذلك أن المركز القانونى للطاعنة قد تحدد بسلوك مورثها طريق التنفيذ

العقارى ، ولا يجوز لها التحدى بحقوقها المترتبة على طلب الفسخ".

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٧)

٥-(أ)- " النص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٣٩ من القانون المدنى على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة بجميع أنواعها ومنها - وعلى سبيل المثال - الضرائب والرسوم، لا تكون ممتازة ، ولا يثبت لها هذا الامتياز إلا إذا قضت بامتيازها القوانين والأوامر الخاصة لكل منها ، وبالشروط والقيود التى تقررها هذه القوانين والأوامر ، بحيث إذا استحق للخزانة العامة مبلغ ما ولم يوجد قانون أو أمر يقضى بامتيازه ، فإنه لا يتمتع بهذا الامتياز ، وإذا وجد تعين الرجوع إليه للتعرف على شروط الامتياز ونطاقه ووعائه ، وما عساه أن يرد عليه من أموال " .

(ب)- " بالرجوع إلى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة ، وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتعديلات التى أدخلت عليه بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ والقانون رقم ٢٥٣ لسنة

١٩٥٣ والقانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٥٥ يبين أنه نص فى المادة ٩٠ منه على أن " تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون دينا ممتازا على أموال المدينين بها أو الملزمين بتوريدها إلى الخزانة بحكم القانون " وهو بذلك إنما يقرر للخزانة العامة - مصلحة الضرائب - حق امتياز عام على أموال المدينين بها أو الملزمين بتوريد فتجرى فى شأنها ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ من القانون المدنى من أن حقوق الامتياز العامة لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ولو كان محلها عقارا غير محمل بذاته بدين الضريبة ، واكتفى بما قرره من ضمانات ووسائل خاصة للتحفظ على حقوق الخزانة فضلا عن الضمانات العامة فى القانون ومن جهة أخرى فإن إطلاق يد مصلحة الضرائب على أموال المدينين بالضريبة المقررة بمقتضى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ لا يخلو من أثر سئ على المعاملات وتعطيلها وارتباكها إضرارا بمن يتعاملون فيها من يريدون البيع ومن يريدون الشراء على السواء ، خصوصا وأنه فيما عدا حالة التنازل عن المنشأة لم ينظم الشارع - ومع مراعاة سر المهنة - وسيلة للعلم بحقوق المصلحة تسهل على ذوى الشأن سبيل التعرف على حقيقة المركز المالى للممولين وتكون بمثابة شهادة التصرفات العقارية فى أحوال التعامل العادى ، يؤيد ذلك أن

امتياز الخزانة العامة لا يخولها حق تتبع أموال مدينيها إلا بنص فى القوانين والأوامر الخاصة بكل منها . وإذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على أن دين الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية يخول مصلحة الضرائب حق تتبع عقارات مدينيها المثقلة بامتياز الخزانة العامة ورتب على ذلك قضاءه برفض طلبات الطاعنين - بوقف إجراءات البيع الإدارى بالنسبة إلى أطيانهما وبعدم الاعتداد بالحجز الإدارى الموقع عليها - فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(ج)- "بالرجوع إلى القوانين والأوامر الخاصة بمختلف أنواع الضرائب والرسوم يبين أنه كلما أراد الشارع أن يخول الخزانة العامة حق تتبع أموال مدينيها استيفاء لحق من حقوقها الممتازة ، وبصرف النظر عن عدم شهره ، نص على هذا الامتياز الخاص ورسم معالمه ونطاقه و لم يبسط يد الخزانة العامة فى تتبعها تحت أى يد كانت ، بل تخفف وبالقدر اللازم لكفالة حقوقها ، وهو ما نصت عليه القوانين الخاصة بضرائب الأطيان والمبانى والرسوم الجمركية والقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات ، وخلا منه القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على الأرباح التجارية والصناعية ، ولا يغير من هذا الوضع ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ من القانون المدنى فى

قولها " وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت " إذ هى مقيدة بما تقرره القوانين والأوامر الخاصة بمختلف أنواع الضرائب والرسوم ومحكومة بها بحيث إذا قررت هذه القوانين والأوامر امتيازا خاصا على بعض أموال مدينيها ولبعض أنواع الضرائب والرسوم فتستوفى مبالغها " من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت ". وإن لم تكن مشهرة وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠١٣٤ من القانون المدنى ".

(طعن رقم ٧٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢٧)

٥- (أ)- " يدل النص فى المادة ١١٣٩ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المبالغ المستحقة للخزانةالعامة بجميع أنواعها، ومنها الضرائب تعتبر ديونا ممتازة ، وتثبت لها هذه المرتبة وفقا للشروط والأوضاع والأحكام المقررة بموجب القوانين واللوائح المنظمة لكل منها والصادرة فى شأنها".

(ب) " النص فى المادة ١/٩٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ – الصادر بفرض ضريبة على إيرادات رووس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتعديلات التى أدخلت عليه – على أنه " تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون دينا ممتازا على جميع أموال المدينين بها أو الملزمين بتوريدها إلى الخزانة بحكم القانون"

مما مؤداه تقرير حق امتياز عام لصالح مصلحة الضـرائب وفـاء للضرائب والمبالغ المستحقة لها قبل مدينها وذلـك علـى أمـوال المدينين بها أو الملتزمين والنص فى المادة ٢/١١٣٤ من القـانون المدنى على أن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، وأنها تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده " .

(ج)- " مؤدى النص فى المواد ٤١٧ من قـانون المرافعـات و٣/٩٠ من القانون رقم ١٤ لسـنة ١٩٣٩ و٣٦٩مرافعـات – أن المبالغ المستحقة لمصلحة الضرائب قبل مدينها لها حق امتياز على أموالهم يكفل لهم مرتبة تسبق أى امتياز آخر أو رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده ، وأن المشرع اعتبر مصلحة الضرائب طرفا فـى خصومة التنفيذ بحكم القانون أسوة بالدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار والذين أخطروا بإيداع قائمة شروط البيع ، ويكون لهـا تبعا لذلك الحق فى استيفاء حقوقها المذكورة من حصيلة التنفيذ الذى يتم على أموال المدين ، ولو كان متخذا من دائنين آخرين ".

(طعن رقم ١٤٢١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٦)

٤٠٣ـ محل الامتياز :

ليس لامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة محل محدد ثابت ، فهذا المحل يتغير تبعا للمبالغ التى يضـمنها الامتيـاز ، وتحـدده التشريعات الخاصة .

فالمبالغ المستحقة كضريبة على الأراضى أو المبانى محلها تلك الأراضى أو هذه المبانى . فالامتياز الضامن لهـا امتيـاز خـاص عقارى .

والمبالغ المستحقة كرسوم جمركية مضمونة بامتياز خاص يقـع على الأشياء المنقولة المستحقة عنها هذه الرسوم .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" **محل الامتياز** : هو ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتيـاز طبقـا للقوانين الخاصة . وتكون هذه الأموال عادة منقولا (كمحصـولات وأمتعة) . وقد يمتد الامتياز إلى عقار إذا لـم يكـف المنقـول . فيصبح الامتياز عقاريا بطريقة عرضية "[1].

كما قد يرد الامتياز على جميع أموال المدين فيكـون امتيـازا عاما، شأن الضرائب المقررة بموجب القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بإصدار قانون الضريبة على الدخل (م١٠٢) .

٤٠٤ـ مرتبة الامتياز :

يرد امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة فى المرتبة الثانية ، فلا يسبقه سوى امتياز المصروفات القضائية . وهو يتقـدم علـى حقوق الامتياز العامة وكـل حـق رهـن رسـمى أو حيـازى أو اختصاص أو امتياز خاص على العقار أيا كان تاريخ قيده .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٢ ومابعدها .

ويستوى أن يكون امتياز الخزانة العامة عاما ، أو خاصا على العقار أو خاصا على المنقول . على أنه يستثنى من ذلك ما ينص المشرع على خلافه .

وإذا دفع هذه الضرائب والرسوم شخص غير مدين بها ، فإنه يحل محل الخزانة العامة فى امتيازها[1] .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" **مرتبة الامتياز** : هى المرتبة الثانية ، بعد امتياز المصروفات القضائية . ولا يشهر الامتياز إذا وقع على عقار كما تقدم "[2].

٤٠٥- الحق فى التتبع :

إذا كان حق الامتياز عاما ، فإنه يسرى فى شأنه ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (١١٣٤) مدنى من أنه :

" ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لايجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ..... الخ " – ومن ثم لا يثبت للخزانة العامة حق التتبع فى حقوق الامتياز العامة .

أما إذا وقع الامتياز على منقول فإنه لايحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية عملا بالفقرة الأولى من المادة (١١٣٣)

---

(١) السنهورى ص ٧٤٣ – سليمان مرقس ص ٥٤١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٣ .

التى تقضى بأنه : " لايحتج بحق الامتياز على من حـاز المنقـول بحسن نية " .

أما إذا ورد الامتياز على عقار أو عقارات بذاتها ثبـت حـق التتبع للخزانة العامة[١] .

---

(١) السنهورى ص ٧٤٣- سمير تناغو ص ٤٣٧ - ومابعدها - رمضـان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٦١٥ ومابعدها - سليمان مرقس ص ٥٤٢ - وعكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٨٣ - محمد على إمام ص٥٨٦ فيريان ثبوت حق التتبع ولو كان حق الامتياز عاما .

مادة (١١٤٠)

١- المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله .

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها .

الشرح

امتياز مصروفات حفظ وترميم المنقول :

٤٠٦- حكمة الامتياز :

حكمة هذا الامتياز أنه لولا المبالغ التى أنفقت على الحفظ والترميم لهلك المنقول أو تلف ، ولذلك كان من العدل أن تستوفى مصروفات الحفظ والترميم بالأولوية على سائر الحقوق .

٤٠٧- الحق المضمون بالامتياز :

امتياز مصروفات الحفظ والترميم ، لا يكون إلا فى المنقول ، سواء كان منقولا ماديا أو معنويا ، وسواء كان الحفظ بعمل مادى أو قانونى مثل قطع التقادم .

أما مصروفات حفظ العقار وترميمه فلا تكون ممتازة إلا إذا أنفقها المقاول أو المهندس المعمارى إذ يكون له امتياز المقاول

والمهندس المعمارى على العقار الذى تم ترميمه أو صيانته بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمتـــه وقـــت بيعـــه (م١١٤٨ مدنى)[١].

ويضمن الامتياز المبالغ التى أنفقت فى ســبيل حفــظ المنقــول وترميمه ، وينطبق ذلك على كل ما أنفق لحفظ المنقول من الهـــلاك أو التلف كله أو بعضه ، وكل ما أنفق لجعله صالحا للاستعمال .

فإذا كانت المصروفات التى أنفقت على المنقول لم يترتب عليها حفظه من الهلاك أو التلف أو جعله صالحا للاستعمال بمعنى أنه ما كان ليهلك أو يتلف كله أو بعضه أو يصبح غير صالح للاســتعمال فى حالة عدم إنفاقها ، فإنه لا يكون هناك امتياز .

ومن أمثلة مصروفات الحفظ أو الترميم أتعاب البيطرى الـــذى عالج الحيوان وتكاليف علفه وإيوائه ، ومصروفات حماية المنقــول من الضياع أو التلف كنفقات إنقـــاذه مـــن الحريـــق أو الغـــرق ، ومصروفات تحصيل الدين وحفظ مرتبة الرهن الضامن له وقطـــع التقادم السارى بشأنه ، والأجر اللازم لمن يقوم بإصلاح أو تـــرميم السيارة أو الآلة أو الساعة أو قطع الأثـــاث ، وأتعـــاب الحـــارس القضائى وأمين التفليسة والمصفى إذا تعذر لأى سبب من الأســـباب أن يشملها امتياز المصروفات القضائية .

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ٧٥٠ .

وعلى عكس ذلك لا يدخل ضمن مصروفات الحفظ والترميم نفقات نقل المنقول من مكان إلى آخر كمصروفات الشحن والتفريغ ، ونفقات دفع الرسوم الجمركية المستحقة عليه ، ونفقات تحويله من شئ إلى آخر وبوجه عام مصروفات التحسين أو المصروفات النافعة كمصروفات دباغة الجلود أو صباغة الأقمشة أو حياكتها أو تغيير لون السيارة .

والرأى الراجح أن أقساط التأمين لا تعتبر مصروفات حفظ وصيانة بالنسبة للمنقول المؤمن عليه ذاته إذ هى لا تحفظه من الهلاك وإنما تهدف إلى دفع تعويض عنه بعد هلاكه . ولكنها تعتبر ممتازة إذا ثبت أنه لولا دفع الأقساط لفسخ عقد التأمين أو سقط الحق فيه إذ هى لاشك حفظت مبلغ التأمين من الضياع فى هذه الحالة ويكون لمن دفعها حق امتياز بها على هذا المبلغ[١] .

ومصروفات الحفظ والصيانة يثبت لها الامتياز سواء أنفقها الدائن بنفسه أو استحقت له أجرا عن العمل الذى قام به لصيانة المنقول وترميمه كأجر الميكانيكى وأتعاب البيطار أو حتى قدمها للمدين الذى حفظ بها فعلا المنقول أو أصلحه .

وتطبيقا للقواعد العامة ، يجب على من يدعى أنه يفيد من امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه ، أن يقيم الدليل على أن

---

(١) محمد على إمام ص ٥٨٩ ومابعدها .

المبلغ الذى يحق له قد صرف على الشئ وان يثبت رابطة السببية بين إنفاق هذا المبلغ وبين حفظ المنقول من التلف أو الهلاك[١].

وتحديد ما يدخل ضمن مصروفات حفظ المنقول وترميمه أمر يرجع للظروف والأحوال . وقد تدق المسألة أحيانا ، وعلى العموم تخضع المسألة لتقدير قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الحق الممتاز : هو المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وترميمه ، كأجرة الساعاتى ومصلح السيارة والسنديك والحارس، ولا يدخل مبلغ التأمين ولا الرسوم الجمركية ولا أجرة النقل من مكان إلى مكان "[٣].

٤٠٨- محل الامتياز :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز ... " . وعلى ذلك يرد الامتياز على كل المنقول الذى حفظ أو تم ترميمه وليس فقط على ما زاد فى قيمته بسبب الحفظ أو الترميم[٤] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٨٦ ومابعدها – على إمام ص ٥٦٠.

(٢) محمد لبيب شنب ص ٣٠١ – أحمد سلامه ص ٤٢٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٥ .

(٤) محمد لبيب شنب ص ٣٠١ومابعدها – محمد على إمام ص ٥٩١ ومابعدها .

والامتياز يرد على المنقول الذى تم حفظه أو ترميمه سواء بقى فى حيازة الدائن أو خرج من تحت يده وسواء لازال فـى ملكيـة المدين أم آل إلى الغير ، فالدائن يتتبع المنقول فى أيـة يـد يكـون ويستوفى حقه الممتاز من ثمنه . على أنه يلاحظ أن حق الامتيـاز لايمكن التمسك به فى مواجهة من يحوز المنقول بحسن نية وبسبب صحيح .

فإذا آل المنقول إلى شخص حسن النية تسلمه فعلا امتنع علـى الدائن تتبعه تحت يده ولم يبق له إلا حق التقدم على الثمن إذا كـان لم يدفع بعد(١) .

كما أنه يشترط فى بقاء هذا الامتياز على المنقول الذى تم حفظه وترميمه أن يظل هذا المنقول محتفظا بذاتيته ، قياسا علـى امتيـاز بائع المنقول المنصوص عليه فى المادة ١١٤٥ مدنى ، لأن مبنـى الامتياز فى الحالين واحد . فإذا فقد المنقول ذاتيته بأن تغيرت حاله تغيرا ماديا أضاع معالمه تماما أو بأن أدمج فى عقار فصار عقارا بطبيعته . فإن الامتياز ينحسر عنه . أما إذا تغيرت حالـه دون أن يفقد ذاتيته أو إذا صار عقارا بالتخصيص فإن ذلك لا يـؤثر فـى ورود الامتياز عليه .

---

(٢) محمد على إمام ص ٥٩٢ .

غير أنه إذا كان العقار الذى خصص المنقول لخدمته مرهونـــا فإن المنقول يدخل فى الرهن ويكون حق المرتهن عليــه إذا كـــان حسن النية مقدما على حق الدائن بنفقات الحفظ والترميم[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" محل الامتياز : هو كل المنقول الذى حفظ أو رمم ، لا ما زاد فيــه ، بسبب الحفظ أو الترميم ، فحسب ، ولذلك ينص المشـــروع (م ١٥٨٢ فقـــرة ١) على أن الامتياز يقـــع " علـــى كـــل هـــذا المنقول) [٢].

٤٠٩- مرتبة الامتياز :

يرد امتياز المبالغ المنصرفة فى حفظ المنقول وترميمـــه فـــى المرتبة الثالثة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة .

وقد يحصل أن تتعدد المبالغ التى تنفـــق فـــى حفـــظ المنقـــول وترميمه ، وقد حل المشرع هذا التزاحم بأن قرر أن المبالغ التـــى تصرف مؤخرا تكون لها الأولوية على المبالغ التى صرفت قبلهـــا. وذلك على أساس أنه لولا إنفاق هذه المبالغ الأخيرة لهلك المنقول أو

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٤٦ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٥ .

تلف ولأصبح امتياز المبالغ المصروفة أولا بدون محل ، فمن أنفق أخيرا أفاد من أنفق أولا [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" مرتبة الامتياز : هى الثالثة ، بعد المصروفات القضائية ومبالغ الخزانة العامة ، أما فيما بينها فيقدم ما صرف آخراً "[٢].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٠٢ – محمد على إمام ص ٥٩٣ – محمد كامل مرسى ص ٣٩١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٥ .

مــادة (١١٤١)

١- يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين مــن منقول وعقار :

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخــر ، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة.

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله مــن مأكل وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة .

(ج) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة .

٢- وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضــائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفــظ والتــرميم، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها .

الشــرح

٤١٠- حقوق الامتياز العامة .

يقصد بحقوق الامتياز العامة حقوق الامتياز التى تقع على كــل أموال المدين من منقول وعقار وهذه الامتيازات تشمل ثلاثة أنواع:

(أ) امتياز المبالغ المستحقة للأجراء .

(ب) امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكل والملبس .

(ج) امتياز النفقة .

وتتفق هذه الامتيازات الثلاثة فى محلها وأثرها ومرتبتها . وهذا ما دعا المشـــرع إلى الكلام عنها جميعا فى مادة واحدة هى المادة (١١٤١) . بيد أن هذه الامتيازات تختلف عن بعضـــها الـــبعض بالنسبة إلى شروط ثبوت كل منها والمبالغ التى يضمنها .

وسنبدأ الكلام فى كل امتياز على حدة ، فنبين شـــروط ثبوتـــه والمبالغ التى يضمنها ، ثم نعالج الأحكام التى تشترك فيها الأنـــواع الثلاثة من حقوق الامتياز العامة .

أولاً : امتياز المبالغ المستحقة للأجراء :

٤١١- حكمة الامتياز :

الامتياز المقرر بالبند (أ) من الفقرة الأولى من المـــادة للخـــدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن ستة الأشهر الأخيرة . مبناه اعتبـــارات إنســـانية فالخـــدم والعمال وغيرهم من الأجراء يتعيشون فى الغالب مـــن أجـــورهم ، ولذلك رأى المشرع ضمان الوفاء لهم بها بتقرير امتيازها لاســـيما أن الأجراء بسبب مركزهم الاجتماعى لا تتوفر لهم عمـــلا وســـيلة ضمان يسار مخدوميهم .

وفضلا عن ذلك فإن المبالغ المستحقة للأجـــراء التـــى يقـــرر القانون امتيازها هى فى الغالب مبالغ طفيفة لا تؤثر أولويتها كثيرا على حقوق دائنى المخدوم(١) .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٩٢ ومابعدها .

٤١٢ـ لمن يثبت الامتياز ؟

يثبت الامتياز للمبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر عن أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن ستة الأشهر الأخيرة . فيلزم أولاً أن يكون المبلغ مستحق لأجير أى شخص يؤجر خدماته للغير بأية صفة كانت بغض النظر عن نوع العمل وأهميته . فالنص ينصرف إلى الأجراء بوجه عام سواء أكانوا فى حالة خضوع وتبعية لرب العمل أم غير ذلك ، وسواء كانوا يعملون فى خدمة الشخص أو أسرته بالمنزل أم يخدمونه فيما يباشره من أعمال زراعية أو تجارية أو صناعية . وإذن فالامتياز يثبت للخادم والطاهى والسائق والخفير والبواب والمربى والمربية والعامل فى المزرعة أو المصنع أو المحل التجارى والسكرتير وناظر العزبة ووكيل الدائرة ومدير الشركة ومن إليهم فإذا كان الشخص لا يعتبر أجيرا على النحو السابق كما هو الحال بالنسبة إلى المقاول الذى يعهد إليه بالقيام بعمل معين وكذلك الشريك فى شركة ، فإنه لا يتمتع بامتياز الأجراء . وإذا كان الشخص أجيرا ثبت له الامتياز سواء أكان يعمل فى خدمة المدين وحده أم يعمل أيضا لدى الغير ، وسواء ظل فى خدمته أو ترك العمل عنده[١] .

---

(١) محمد على إمام ص٥٩٤ –عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٩٣ – سليمان مرقس ص ٥٥٣ – وفى هذا المعنى السنهورى ص ٧٤٩ – المستشار أنور طلبه ص ٧٤٩ – وعكس ذلك أحمد سلامه ص ٤٢٧ ومابعدها– حسام الدين الأهوانى ص ٧٤٢ فيريان أنه يشترط فى الأجير أن تربطه بصاحب العمل علاقة تبعية بأن يعمل تحت إدارته وإشرافه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الحقوق الممتازة هى : المبالغ المستحقة للخدمة والكتبة والعمال وكل أجير آخر عن أجرهم ومرتباتهم من أى نوع كان فى الستة شهور الأخيرة ، فيشترط أن يكون الدائن أجيراً ، فيدخل الخادم والطاهى والبواب وسائق السيارة وخادم المزرعة والسكرتير الخاص والموظف ومربى الأطفال والوكيل المأجور والكاتب والعامل " (١).

٤١٣ـ الديون التى يضمنها الامتياز :

الامتياز لايثبت لكل مبلغ مستحق للأجير فى ذمة رب العمل وإنما فقط للأجر أو المرتب . ويقصد بالأجر أو المرتب كل مقابل يستحقه الأجير لقاء ما يؤديه من خدمات ولايهم نوع الأجر أو المرتب فقد يكون نقدا أو عينا ، ولا كيفية تحديده فقد يحدد بحسب السنة أو الشهر أو الأسبوع أو اليوم أو الساعة أو على أساس القطعة . كذلك لاتهم تسميته فقد يسمى أجرا أو راتبا أو مكافأة أو علاوة غلاء أو نسبة مئوية من قيمة المبيعات أو الأرباح أو بدل انتقال وسفر واغتراب .

فالأجر يشمل كل ذلك وكل مزية أخرى تمنح للأجير لقاء خدماته كالامتيازات العينية من مأكل أوملبس أو مسكن أو انتقال أو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٨ .

غيره . فإذا كان المبلغ المستحق للأجير ليس من قبيل الأجر فإن الامتياز لايشمله ، كما هو الحال بالنسبة للتعويض عن الطرد في وقت غير لائق أو بسبب تعسفي والتعويض عن الإصابات والأضرار والدين الناشئ عن قرض قدمه الأجير لرب العمل أو تأمين دفعه عند بدء الخدمة أوثمن أشياء اشتراها أو قدمها لمصلحته أو ديون دفعها عنه . ويستثنى من ذلك بالطبع ما ينص القانون على خلافه[١] .

ولا يضمن الامتياز كل ما يستحقه الأجير من أجر أو راتب وإنما يقتصر على ما هو مطلوب له من ذلك عن ستة الأشهر الأخيرة والمقصود بذلك ستة الأشهر السابقة على بيع أموال المدين أو التنفيذ عليها .

وفي حالة وفاة المدين أو إفلاسه أو إعساره يضمن الامتياز أجرة ستة الأشهر السابقة على ذلك .

ويلزم بالطبع ألا تكون الأجرة المضمونة بالامتياز قد سقطت بالتقادم . وهي طبقا لنص المادة ٣٧٨ تسقط بمضي سنة من تاريخ استحقاقها إذا حلف رب العمل اليمين على أنه أداها فعلا .

ومعنى ذلك أن الأجير لا يسقط حقه في المطالبة براتبه إلا بعد مضي سنة، ويكون له امتياز فيما يتعلق بأجر ستة الأشهر الأخيرة، أما أجر ستة الأشهر السابقة عليها فيعتبر ديناً عاديا [٢].

---

(١) محمد علي إمام ص ٥٩٥ ومابعدها .

(٢) محمد علي إمام ص ٥٩٦ – حسام الأهواني ص ٧٤٢ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويلاحظ أن عبارة المشروع أوسع من عبارة التقنين الحالى وقد قصرت الأجرة للجميع على ستة أشهر ، بدلا من سنة للبعض وستة شهور للبعض الآخر كما هو الأمر فى التقنين الحالى . وقد زال بذلك التناقض الموجود بين م٦٠١ فقرة ٣ / ٣/٧٢٧ فقرة ٢ م٢٠٩، ٢٧٣ فى التقنين الحالى "[1] .

ثانيا : امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكل والملبس :

٤١٤- حكمة الامتياز :

تنص المادة ١١٤١/١- ب على أن تقع ممتازة " المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة " .

ومبنى هذا الامتياز – وهو مستحدث فى التقنين المدنى الجديد– هو أن الدائن قدم للمدين ولمن يعول الحاجيات اللازمة لتعيشهم ومن ثم كان من العدالة أو يتقدم فى استيفاء ما يحق له فى مقابلها. كما أن فى تقرير الامتياز فائدة للمدين نفسه ، إذ هو يوفر له الائتمان الذى ييسر له الحصول على حاجيات المعيشة[2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٨ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٩٥

٤١٥- المقصود بأثمان التوريدات :

يشترط لثبوت الامتياز أن يورد الدائن للمدين ولمن يعوله حاجات المأكل والملبس ، أى الأشياء الضرورية للحياة سواء كانت من المواد الغذائية ، كالخبز والفاكهة والخضروات واللحوم ، أو كانت لازمة للملبس كالملابس الجاهزة والأقمشة .

ولكن لا يشمل الامتياز السلع التى يقصد بها الرفاهية كوسائل التدفئة والتبريد وكذا المشروبات الروحية(١) .

كذلك لا يشمل الأدوية(٢) .

وتقدير ما إذا كانت السلع ضرورية أم لا متروك لتقدير القاضى .

ويجب أن يكون التوريد لاستعمال المدين شخصيا أو استعمال من يعولهم كزوج المدين وأولاده ولو كانوا بالغين وأقاربه الذين يعولهم وخدمه .

وكذا يشمل الامتياز أفراد أسرة المدين المقيمين بعيدا عنه فيعتبر ممتازا ما يستحق عما تم توريده لابن الأسرة الذى يقيم بعيدا عن أسرته طالما كان يعتمد على ربها فى معاشه(٣) .

---

(١) سمير تناغو ص ٤٤٥ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٧٥٠- حسام الدين الأهوانى ص ٧٤٣- وعكس ذلك سمير تناغو ص ٤٤٥ فيرى أن الامتياز يشمل ثمن الأدوية .

(٣) سمير تناغو ص ٤٤٦ .

أما أولاد المدين البالغون الذين يعولون أنفسهم وزوجته وأقاربه الذين يستحقون نفقة منه ، فإن دين النفقة هو الممتاز [١].

ولا يسرى الامتياز إلا إذا كان التوريد ممن يتجرون فى ذلك ، أما إذا ورد المأكل أو الملبس صديق أو جار لا يتجر فلا يكون الثمن مضمونا بالامتياز [٢].

ولايهم أن يكون المورد مقيدا بالسجل التجارى أو ممن يؤدون الضرائب [٣].

أما إذا كان المدين قد اشترى الحاجيات السابقة دون أن يتسلمها فالامتياز الذى نحن بصدده لا يثبت [٤].

٤١٦- المبالغ التى يضمنها الامتياز :

يضمن الامتياز كل المبالغ المستحقة عن توريد المأكل والملبس فى ستة الأشهر الأخيرة . ويدخل فى هذه المبالغ ثمن الحاجيات ومصروفات نقلها .

ويشترط بطبيعة الحال ألا تكون المبالغ المستحقة عن توريد المأكل والملبس قد سقطت بالتقادم . مع ملاحظة أن هذه المبالغ تتقادم بسنة واحدة تبدأ من وقت استحقاقها ، إذا حلف المدين اليمين على أنه أداها فعلا (م ٣٧٨) .

---

(١) السنهورى ص ٧٥١ .
(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٩٥ – السنهورى ص ٧٥٠ .
(٣) سليمان مرقس ص ٥٥٧ .
(٤) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٩٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" المبالغ المستحقة عما ورد للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس فى الستة شهور الأخيرة فإذا استورد المدين مأكولات وملابس من التجار ، فما يبقى من ثمنها دينا فى ذمته عن مدة لاتزيد عن الستة الشهور الأخيرة يكون ممتازاً . وقد تقدم أن هذا الدين يسقط بمضى سنة فالمستحق من أكثر من سنة يسقط منه مازاد عن السنة ، وما كان فى حدود السنة نصفه غير ممتاز ونصفه ممتاز "[1] .

ثالثا : امتياز النفقة :

٤١٧- الحكمة من الامتياز :

لم يورد التقنين القديم دين النفقة ضمن الحقوق الممتازة ، رغم ما يتمتع به دين النفقة من رعاية خاصة من جانب المشرع . وقد صحح القانون الجديد هذا الوضع فنص على أن النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة يكون لها امتياز عام على جميع أمواله .

وهذا الامتياز مبناه الاعتبارات الإنسانية التى تقتضى ضمان استيفاء الشخص للنفقة اللازمة لمعيشته ، بمنحه هذا الامتياز ائتمانا له .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٨ .

٤١٨ـ أحكام الامتياز :

تنص المادة ١١٤١/ج على أنه تقع ممتازة " النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة " .

فالحق الممتاز هو النفقة الواجبة على المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة .

فيلزم إذن أن يتعلق الأمر بنفقة واجبة قانونا على المدين سواء صدر بها حكم من القضاء أم تم التراضى بشأنها بين الدائن والمدين .

ويشمل الامتياز نفقة الأقارب أيا كانت درجتهم . ومع أن القانون لم يذكر إلا نفقة الأقارب ، إلا أنه مما لا شك فيه أن هذا الامتياز يشمل أيضا نفقة الزوجة ، إذ لا يعقل أن يكون المشرع قد قصد أن يجعل نفقة الأقارب مضمونة بالامتياز ونفقة الزوجة غير مضمونة مع أن نفقتها أولى بالامتياز من نفقتهم .

فيجب أن يحمل لفظ الأقارب على معناه العام بحيث يشمل الزوجة لا على معناه الفنى الشرعى [١]. **ويؤيد هذا ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه :**

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٥٩ – السنهورى ص ٧٥١– عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٠ .

" وكذلك الأمر بالنسبة للمبالغ المستحقة للأجراء أى النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن الستة شهور الأخيرة . ويدخل فى ذلك نفقة الزوجة. ودين النفقة ممتاز وغير قابل للحجز عليه "(١).

ويشترط لأن تكون النفقة ممتازة أن تكون مستحقة عن ستة الأشهر الأخيرة أى ستة الأشهر السابقة مباشرة على الحجز أو البيع ، أو الوفاة أو الإعسار أو الإفلاس(٢) .

٤١٩- أثر الامتيازات العامة الثلاثة :

تختلف الامتيازات العامة عن غيرها من الامتيازات فى أنها لاتمنح من يفيد منها إلا حق التقدم والأولوية فى استيفاء المبلغ المضمون ، فهى لا تمنحه حق تتبع المال إذا ما انتقلت ملكيته إلى الغير ، وسواء فى ذلك كان المال منقولا أو عقارا (م١١٣٤/٢) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" محل الامتياز : جميع أموال المدين من عقار ومنقول . ولايشهر الامتياز فى العقار ، ولاتتبع فيه "(٣) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٨ .

(٢) السنهورى ص ٧٥١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٠٨ .

٤٢٠- مرتبة الامتيازات العامة :

تتمتع جميع الامتيازات العامة سالفة الذكر بمرتبة واحدة هى المرتبة الرابعة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات حفظ المنقول وترميمه .

أما إذا تزاحمت المبالغ المضمونة بالامتيازات العامة فيما بينها وبين بعض ، كما إذا تزاحم أجير عن أجرته مع تاجر عما يستحقه فى مقابل ما ورده من مأكل وملبس ومع قريب يطالب بنفقة ، تساوت كل هذه المبالغ فى مرتبتها واستوفيت بنسبة كل منها .

وإذا وردت هذه الحقوق على عقار ، تقدمت على أصحاب الحقوق العينية المقيدة على العقار أيا كان تاريخ قيد هذه الحقوق ، فهى لذلك تتقدم دائما الرهون وحقوق الاختصاص وحقوق الامتياز الخاصة العقارية عدا الامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة العامة (م ٢/١١٣٤) (١) .

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٦١ .

مـادة (١١٤٢)

١- المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه وتكون لها جميعا مرتبة واحدة .

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر .

٣- وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات .

الشـرح

٤٢١- امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة :

يتضح من المادة (١١٤٢) أن هناك نوعين من المبالغ يضمنها هذا الامتياز **أولا** : مصروفات الزراعة والحصاد . **وثانيا** : المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعية .

والامتياز الأول يقع على المحصولات الذى صرفت هذه المصروفات فى إنتاجه ، والثانى يقع على الآلات المشار إليها .

ونعرض فيما يلى لحكمة الامتيازين ثم نعرض لأحكام كل منهما.

٤٢٢- . حكمة الامتيازين :

الحكمة من الامتيازين رعاية المشرع لمصروفات الزراعة والآلات التى تشترى من أجلها بتقرير امتياز لها جميعا نظرا لما للزراعة فى مصر من أثر باعتبارها المصدر الغالب لإنتاجنا القومى .

ومبنى الامتياز الأول أن الدائن قد أسهم بماله أو بعمله فى إنتاج المحصول ، فمن العدل أن يستوفى حقه منه قبل غيره من الدائنين إذ لولا هذه المصروفات ما وجد المحصول فى ذمة المدين ، ومبنى الامتياز فكرة العدالة أيضا باعتبار أن الدائن هو الذى أوجد الآلات الزراعية فى ذمة المزارع المالية فمن العدل أن يستوفى من ثمنها حقه قبل غيره من الدائنين[١] .

(أولاً) امتياز مصروفات الزراعة والحصاد :

٤٢٣- الديون التى يرد عليها الامتياز :

يشمل الامتياز المبالغ التي تنفق في إعداد المحصول وزراعته ، فيدخل فيها مصروفات إعداد الأرض للزراعة كمصروفات الحرث والبذور التي نتج منها المحصول ، والسماد وغيره من مواد التخصيب ، ومصروفات المواد المقاومة للحشرات . ومصروفات الأعمال الزراعية والري والصرف والحصاد وتعبئة المحصول وأجور الفعلة والشغالة وأجور الحيوانات وأجرة الآلات التى استعملت .

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٦٤ .

ويلحق بالديون التى يضمنها الامتياز المبالغ التى يقرضها بنك التسليف الزراعى لنفقات الزراعة والحصاد ، والمبالغ المستحقة له ثمنا لشراء سماد (م ٦من المرسوم بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٣١) [١].

ولا يرد هذا الامتياز على المحصول إلا بعد جنيه ، لأنه قبل ذلك يكون قائما فى الأرض ويعتبر عقارا لا ترد عليه إلا حقوق الامتياز العقارية .

ولا يشترط لورود هذا الامتياز على المحصول بقاؤه فى ملكية المدين أو فى حوزته [٢].

ولا أهمية لما إذا كانت الأرض التى أنفقت المصروفات على إنتاج المحصول منها مستغلة من مالكها أو من غيره كالمنتفع أو المستأجر ، ولا أهمية كذلك لما إذا كان لزارع الأرض حق فى زرعها ، كالمالك والمستأجر ، أو لم يكن له حق فى ذلك كالمغتصب .

ويفيد من الامتياز كل من يستحق له دين فى مقابل إعداد المحصول [٣].

---

(١) السنهورى ص ٧٥٤ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٩٩ ومابعدها- سليمان مرقس ص ٥٦٩ .

(٢) سليمان مرقس ص ٥٦٨ ومابعدها .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٠١ - عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٣- سمير تناغو ص ٤٥٠ .

ويقع على الدائن بهذه المصروفات عبء إثبات اقتراض المزارع لها منه واستعمالها بالفعل فى انتاج المحصول .

ويرى بعض الشراح أن امتياز مصروفات المحصول ينقضى إذا ألحق المحصول بالعقار الذى أغله نتيجة تسجيل تنبيه نزع الملكية ، على اعتبار أن المحصول يفقد بذلك صفته المنقولة ويصبح عقارا ، والامتياز الذى نحن بصدده هو امتياز منقول ، ومن ثم ينقضى إذا صار موضوعه عقارا [1].

بينما يذهب أغلب الفقه إلى أن إلحاق الثمار بالعقار لا يترتب عليه فقدها صفتها المنقولة ، إذ كل ما هنالك من أثر لإلحاق الثمار بالعقار هو أن ثمنها يوزع كما يوزع ثمن العقار ، دون إخلال بذوى الحقوق العينية على الثمار . وفضلا عن ذلك فالامتياز الذى يقع على منقول لا ينقضى إلا إذا فقد هذا المنقول ذاتيته ، والثمار لاتفقد ذاتيتها بمجرد إلحاقها بالعقار نتيجة تسجيل تنبيه نزع الملكية[2].

ويلاحظ أن أجرة الشغالة أو العمال ممتازة أيضا بمقتضى المادة (١١٤١) امتيازا عاما على كل أموال المدين .

---

(١) السنهورى ص ٧٥٦ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٠٢ – سليمان مرقس ص ٥٦٩ – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٥٧١ ومابعدها –عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٥ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الحقوق الممتازة ومحل الامتياز :

١- المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب (وقد دخل السماد صراحة وهو محل خلاف فى التقنين الحالى) والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ الأخرى المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد . ومحل الامتياز هو المحصول الذى أنتجته أو حفظته هذه الأشياء " [١].

٤٢٤- شروط ثبوت الامتياز :

يرد امتياز مصروفات الزراعة والحصاد على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه . ولا يرد هذا الامتياز على المحصول السابق ، ولو كان لايزال فى حوزة الزارع ، لأن الامتياز يتعلق بما أنتجته المصروفات الممتازة دون غيره .

وإذا كان الدين قد استعمل فى إنتاج عدة محصولات أو عاد إنفاقه على الأرض بفائدة على عدة محصولات ، فإن كلا من هذه المحصولات يضمن من هذا الدين بنسبة ما خصه منه وإذا كانت المبذورات تنتج محصولات متكررة فى سنين متوالية ، كزراعة القصب فإن الامتياز يكون على كل المحصولات لأن النص مطلق[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣١١ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٣٩- وكان الامتياز فى القانون الملغى يقع على الثمن المتحصل من بيع محصول السنة .

٤٢٥- مرتبة الامتياز :

يأتى امتياز مصروفات الزراعة والحصاد فى المرتبة الخامسة بعد حقوق امتياز المصروفات القضائية وامتياز الخزانــة العامــة وامتياز نفقات حفظ المنقول وترميمه وحقوق الامتياز العامة. فــإذا تعددت وتزاحمت مصروفات الزراعة والحصاد كان لهــا جميعــا مرتبة واحدة ، أى أنها تستوفى من المقابل النقدى للمحصول الــذى صرفت فى إنتاجه بنسبة كل منها . فإذا تزاحم بائع البذور مع بائع السماد مثلا على المحصول ، قسم الناتج منه بينهما بنسبة دين كــل منهما .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" مرتبة الامتياز : يأتى كل امتياز مــن هــذين فــى المرتبــة الخامسة بعد الامتيازات السالفة الذكر ، أما فيما بينهمــا فتســتوفى بنسبة كل منهما "(١) .

(ثانيا) امتياز ثمن آلات الزراعة :

٤٢٦- الديون التى يرد عليها الامتياز :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن : " وكذلك يكون للمبــالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات ".

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٧ ص ٣١١ .

وقد جاءت صيغة النص عامة بحيث يشمل الامتياز ما يستحق من ثمن بيع الآلات أو تحسينها أو إصلاحها [١].

وهو ما أفصحت عنه مذكرة المشروع التمهيدى بقولها :

" المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة من ثمن ومصروفات إصلاح وتحسين ومحل الامتياز هو هذه الآلات "[٢] .

ويقصد بآلات الزراعة كل الآلات التى تستخدم فى الزراعة ، سواء استخدمت فى إنتاج المحصول أم فى حصاده ، كآلات الرى والحرث والدرس .

وعلى ذلك يضمن الامتياز كل المبالغ التى تنفق على آلات الزراعة . ويدخل فى ذلك ثمن الآلة وأجرة نقلها إلى الحقل ومصروفات إصلاحها ومصروفات تحسينها . على أن مصروفات إدارة الآلة ، كثمن الوقود وأجر السائق وثمن المواشى لا يضمنها امتياز الآلات الزراعية ولكن يضمنها امتياز مصروفات المحصول الذى أفاد من ذلك [٣].

وثمن آلات الزراعة يضمنه حقوق امتياز أخرى غير هذا الامتياز . فما يستحق عن ثمن البيع يضمنه امتياز بائع المنقول ، غير أن مصلحة البائع فى هذه الحالة أن يتمسك بامتياز مقابل آلات الزراعة لأنه فى المرتبة الخامسة بينما امتياز بائع المنقول فى

---

(١) مخمد كامل مرسى ص ٤٠٠- حسام الدين الأهوانى ص ٧٥٣ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣١١ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٠٣ ومابعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٥٧٣ .

المرتبة السابعة ، ومعنى ذلك المشرع قد ميز بائع آلات الزراعة عن كل بائع آخر فى إعطائه امتيازا متقدما عن غيره من بائعى المنقولات الأخرى .

أما المبالغ المستحقة عن إصلاح الآلات الزراعة فيضمنها امتياز حفظ المنقول وترميمه وهو امتياز فى المرتبة الثالثة ولذلك فمن مصلحة من يستحق هذه المبالغ أن يتمسك بامتياز حفظ المنقول وترميمه وليس بامتياز مقابل آلات الزراعة .

أما المبالغ المستحقة عن تحسين آلات الزراعة فلا يضمنها غير هذا الامتياز .

ويلاحظ أن فى هذا تمييزا أيضا لمن ينفق مصروفات أو يقوم بأعمال فى تحسين آلات الزراعة عن غيره ممن يبذل نفس الشئ بالنسبة لمنقول آخر ، فهذا الأخير لا يستفيد من امتياز على الإطلاق [١].

٤٢٧- محل الامتياز :

يرد هذا الامتياز على الآلات الزراعية التى استحقت المبالغ بسببها ، ولا يرد على المحصول بحجة أن الآلة قد استخدمت فى إنتاج المحصول . فالامتياز بثمن الآلة والمنصوص عليه فى الفقرة الثالثة من المادة هو امتياز مستقل عن امتياز مصاريف الزراعة المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة .

---

(١) سمير تناغو ص ٤٥١ ومابعدها .

ويظل الامتياز قائما على الآلة ولو أصبحت عقارا بالتخصيص، ويبقى ولو انتقلت ملكيتها إلى الغير ، إلا إذا اصطدم الامتياز بحق حائز حسن النية [١].

٤٢٨- مرتبة الامتياز :

يأتى هذا الامتياز ، كامتياز مصاريف الزراعة والحصاد فى المرتبة الخامسة أى بعد المصروفات القضائية وامتياز الخزانة العامة وامتياز نفقات الحفظ والترميم وحقوق الامتياز العامة .

فإذا تزاحم عدة دائنين بمبالغ أنفقت على الآلة الزراعية ، استوفوا حقوقهم من ثمن الآلة بنسبة دين كل واحد منهم .

وفيما يتعلق بمصاريف إصلاح الآلات الزراعية ، يلاحظ أن هذه المصاريف إذا كانت من مصاريف الحفظ والترميم فلن يكون للدائن مصلحة فى التمسك بهذا الامتياز ، إذ أن له امتيازا آخر متقدما على هذا الامتياز هو امتياز حفظ المنقول وترميمه المنصوص عليه فى المادة ١١٤٠.

فإذا كانت هذه المصاريف عبارة عن مبالغ أنفقت فى تحسين الآلات، لم يكن للدائن بها إلا أن يتمسك بالامتياز الذى نحن بصدده ، لأن امتياز مصاريف الحفظ والترميم لا يضمن مصروفات التحسين[٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٦ – سمير تناغو ص ٤٥٢ .
(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٦ .

مـادة (١١٤٣)

١- أجرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعا امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى.

٢- ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة .

٣- ويقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن . فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر .

٤- وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ فى حق المؤجر باعتباره حائزا حسن النية .

٥- وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقى الامتياز

قائما على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائما ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزا استحقاقيا فى الميعاد القانونى . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى .

الشرح

امتياز مؤجر العقار :

٤٢٩ ـ الحكمة من الامتياز :

الحكمة من تقرير امتياز المؤجر هى رغبة المشرع فى أن يسهل للأفراد إبرام عقد الإيجار ، وهو من العقود التى قل أن يستغنى عنها إنسان . إذ ضمن للمؤجر استيفاء حقه من المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ومن محصول الأرض وبذلك لا يتشدد مع المستأجر فى تعجيل الإيجار .

٤٣٠ ـ أساس الامتياز :

يؤسس الفقه التقليدى امتياز مؤجر العقار على فكرة الرهن الضمنى على اعتبار أن المؤجر والمستأجر قد قصدا ضمنا أن تكون المنقولات التى يضعها المستأجر فى العين ضامنة للوفاء

بالتزاماته بمقتضى عقد الإيجار ، ولما كان المؤجر حائزا قانونيا للعين المؤجرة فهى يعتبر حائزا بطريق غير مباشر للمنقولات الموجودة فيها .

وإذا كانت فكرة وجود رهن حيازى ضمنى بين المؤجر والمستأجر ، وهى ترجع فى أصولها إلى القانون الرومانى ، لاتستند إلا إلى افتراض وجود اتفاق بينهما ، وهو افتراض قد لايسنده الواقع ، إلا أنه يمكن القول بأن المشرع نفسه هو الذى أقام هذا الامتياز على أساس رهن حيازى من نوع خاص فهو قد اعتبر مؤجر العقار حائزا للمنقولات التى يصنعها المستأجر فى العين المؤجرة ، فهو قد نص فى الفقرة الثانية من المادة (١١٣٣) على أنه : " يعتبر حائزا فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة " فالمشرع قد نظم امتياز مؤجر العقار على أساس فكرة الرهن الحيازى المقرر بنص القانون.

ويضاف إلى هذا أن وقوع امتياز مؤجر العقار على المحصول الموجود فى الأرض ، فضلا عن قيامه على أساس فكرة الرهن ، يقوم أيضا على أساس فكرة أخرى هى أن إنتاج هذا المحصول كان بفضل تمكين المؤجر للمستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة[١] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٧ – سليمان مرقس ص ٥٧٣ .

٤٣١ - لمن يثبت امتياز المؤجر ؟

تنص الفقرة الأولى من المادة علـــى أن الحقــوق المضـــمونة بامتياز المؤجر هى : " أجرة المبانى والأراضى الزراعية لســنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ... الخ ".

ويبين من ذلك ما يأتى :

١- أن الامتياز يثبت للمؤجر وهو كل من عقد مع غيره إيجارا، يستوى أن يكون هو المالك أو صاحب حق انتفاع ، أو دائنا مرتهنا رهن حيازة ، أو مستأجرا أصليا. ويجب أن نكون بصدد عقد إيجار صحيح ، لا عقد إيجار باطل أو صورى .

ولذلك لا يسرى امتياز المؤجر على المقابل المستحق للدولة لقاء تقريرها لشخص أو شركة امتياز استغلال مرفق من مرافقها على ما قد يضعه الملتزم فى الأرض من المنقولات ، لأننا بصدد عقد التزام مرفق عام وليس بصدد عقد إيجار .

٢- يشترط أن يكون المال المؤجر عقارا . أما إيجار المنقول فلا يثبت لأجرته امتياز ، كما هو الشأن فى إيجار العائمات أو الآلات أو السيارات أو غيرها .

فإذا أجر المالك منزله مفروشا فإن امتياز المؤجر لا يضمن له من الإيجار إلا ما يقابل أجرة المنزل خاليا ، ويكون ما يقابل أجرة

الأثاث دينا عاديا . وإذا استأجر شخص بناء وضع فيه آلات للأشعة الطبيـــة ثم أجره مع الآلات إلى طبيب ليستعمله عيادة للعلاج بالأشعة . فلا يكون لمؤجر الآلات امتياز بالنسبة إلى جزء الأجرة المقابل للانتفاع بالآلات [١].

ورغم أن المادة لم تذكر إلا أجرة المبانى والأراضى الزراعية، إلى أن الراجح أن الامتياز يضمن أجرة كل العقارات أيا كانت .

وسواء كانت من المبانى أو الأراضى الزراعية المنزرعة بالمحاصيل العادية أو المخصصة لغرس الأشجار أو كانت أرضا فضاء كالأرض التى تؤجر لإقامة الملاعب والمعارض المؤقتة أو الأسواق أو الموالد . ذلك أنه لايجَوز الوقوف عند ألفاظ القانون بل ينبغى تحرى قصد المشرع منها ، بالرجوع إلى مصادر التشريع وأعماله التحضيرية ، فمن الثابت أن المادة (١١٤٣) مستمدة من نص المادة (٧٢٧/٦٠١ مدنى قديم) المستمد بدوره من المادة (٢١٠٢) مدنى فرنسى، وأن كلا المصدرين قد جعلا الامتياز لأجرة العقار بوجه عام ، وأنه لايوجد فى الأعمال التحضيرية ما يدل على أن المشرع قصد الانحراف عن ذلك وقصر الامتياز على أجرة بعض أنواع العقارات دون البعض الآخر . كما أن كلمة

(١) السنهورى ص ٧٦٠ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٥٧٤ ومابعدها .

(Loyers) الواردة بالنص الفرنسى قد ترجمت بأجرة المبانى والصحيح أنها أجرة كل عقار غير الأراضى الزراعية [١].

ولايهم المكان فيستوى أن يكون العقار واقعا بالمدينة أوبالقرية .

٤٣٢ـ محل الامتياز :

يرد امتياز المؤجر على " ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى ".

وعلى ذلك يشترط فى المنقولات التى يرد عليها الامتياز ثلاثة شروط هى :

١- أن تكون المنقولات موجودة بالعين المؤجرة :

يشترط أن تكون المنقولات التى يرد عليها الامتياز موجودة بالعين المؤجرة . والمقصود بذلك المنقولات التى توضع فى العين المؤجرة بقصد تجهيزها أو استعمالها أى للانتفاع بها على وجه العموم .

فبالنسبة للمبانى يشمل الامتياز كل ما يضعه فيها المستأجر من أثاث وتماثيل وتحف وأوان وكتب ومؤن وبضائع وسيارات

---

(١) السنهورى ص ٧٦١ – سليمان مرقس ص ٥٧٥ – محمد على إمام ص ٦٠٩ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٩ – نعمان محمد جمعه ص ٢١٧– وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ٤٠٣ – توفيق حسن فرج ص ٢٨٩ ومابعدها – أحمد سلامه ص ٤٣٥ فهم يقفون عند حرفية النص ويقصرون الامتياز على المبانى والأراضى الزراعية .

وعربات وخيول ، وغير ذلك من المنقولات المادية التى توضع فى المبنى أو فى مكان ملحق به كالجراج .

وبالنسبة للأراضى الزراعية يرد الامتياز على ما فى الأرض ، كالمحصولات الزراعية والمواشي والآلات والسماد وغير ذلك .

ويستوى أن تكون هذه المنقولات قد وضعت فى العين وقت بدء الإجارة أو بعد ذلك .

ولايشمل الامتياز ما يوجد فى العين المؤجرة من منقولات لايقصد بها تجهيز العين أو الانتفاع بها ، ولذلك لا يرد الامتياز على ما يرد فيها من منقولات غير مادية كالديون والسندات وحقوق الملكية الأدبية والفنية كما لا يرد على النقود والحلى والمجوهرات ، كما لا يرد على ما يوجد بالعين بصفة عرضية . إذ يستبعد بالنسبة لها جميعا فكرة الرهن الضمنى التى نادى بها الفقه التقليدى [١] .

وضمانا لهذا الامتياز ألزم المشرع المستأجر بوضع منقولات فى العين المؤجرة ضمانا للأجرة . فقد نصت المادة (٥٨٨) مدنى على أنه :

" يجب على كل من استأجر منزلا أو مخزنا أو حانوتا أو مكانا مماثلا لذلك أو أرضا زراعية ، أن يضع فى العين المؤجرة أثاثا أو بضائع أو محصولات أو مواشى أو أدوات تكون قيمتها كافية

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٣١ – سليمان مرقس ص٥٨٢– محمد كامل مرسى ص ٤٠٦ .

لضمان الأجرة عن سنتين ، أو عن كل مدة الإيجار إذا قلت عن سنتين هذا ما لم تكن الأجرة قد عجلت ويعفى المستأجر من هذا الالتزام إذا تم الاتفاق على هذا الإعفاء أو قدم المستأجر تأمينا آخر".

٢- أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر :

تشترط المادة لوقوع الامتياز أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر . وهذا الشرط بدهى إذ لا يجوز للدائن أن ينفذ على مال غير مملوك لمدينه .

إلا أن المادة أوردت ثلاثة استثناءات على هذه القاعدة يرد فيها الامتياز على منقولات غير مملوكة للمستأجر ، طالما كانت موجودة فى العين المؤجرة ، وتتعلق هذه الاستثناءات بمنقولات الغير ومنقولات زوجة المستأجر ومنقولات المستأجر من الباطن وسنعرض لها جميعا .

٣- أن تكون المنقولات قابلة للحجز :

ذلك أن الامتياز قد تقرر بقصد تمكين المؤجر من الحصول على حقه من ثمن تلك المنقولات بالأفضلية على غيره . فإذا لم تكن المنقولات قابلة للحجز لم يرد عليها الامتياز .

وبالترتيب على ذلك لا يقع الامتياز على ما يلزم المدين وزوجه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه فى معيشة واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر (م٣٠٥ مرافعات) .

وكذلك لا يقع الامتياز على ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه وعلى إناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين فى معيشته هو وأسرته وما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر (م ٣٠٦ مرافعات) .

٤٣٣ـ ثلاثة استثناءات من ملكية المستأجر للمنقول والمحصول الزراعى :

ذكرنا سلفا أنه يستثنى من شرط ملكية المستأجر للمنقول والمحصول الزراعى لتقرير الامتياز ثلاثة أنواع من المنقولات نعرض لها فيما يلى :

١- المنقولات المملوكة للغير :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ".

فالامتياز يقع على المنقولات المملوكة للغير متى كان المؤجر لايعلم – وقت وضعها فى العين المؤجرة – بوجود حق للغير عليها. وعلى من يدعى أن المؤجر كان يعلم بوجود حق الغير عليها ، أن يثبت ما يدعيه لأن حسن النية مفترض .

وبناء على ذلك إذا أودع الغير منقولات لدى المستأجر أو

أعارها أو أجرها له فإن المؤجر يستطيع مباشرة امتيازه على هـذه المنقولات طالما كان حسن النية . والمقصود بحسن النية أنه يجهل عند إدخال المنقولات فى العين بملكية الغير لها ، أما علمه بعد ذلك فإنه لا ينفى حسن نيته(١) .

وفى بعض الأحوال يفترض أن المؤجر يعلم حتما بأن المنقولات مملوكة للغير ، وذلك كما لو كانت حرفة المستأجر تستلزم وضع منقولات الغير تحت يده ، كما إذا أجرت العين لتكون جراجا عاما أو صالة لبيع منقولات الغير بالمزاد ، أو أجرت لساعاتى أو خياط .

والقواعد السابقة تنطبق ليس فقط فى حالة ما يكون الحق الثابت للغير على المنقولات هو الملكية . بل أيضا فى حالة ما يكون المنقول مملوكا للمستأجر ولكنه مثقل بحق للغير كامتياز مصروفات الصيانة أو امتياز مؤجر سابق أو غير ذلك من الحقوق . فالمؤجر إذا كان حسن النية يحتج قبل الغير بعدم نفاذ حق هذا الأخير فى مواجهته (٢).

أما إذا كان المنقول الذى تثبت ملكيته لغير المستأجر ضائعا أو مسروقا ، وطالب مالكه باسترداده فى خلال ثلاث السنوات التالية لوقوع الضياع أو السرقة لم يجز للمؤجر - ولو كان حسن النية-

(١) عبد المنعم البدراوى ٤٣٣ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٢١ - محمد على إمام ص ٦١٥ .
(٢) محمد على إمام ص ٦١٦ .

أن يتمسك بامتيازه عليه ، لأن الاسترداد جائز فى مثل هذه الحالة من حائز حق ملكية المنقول ومن الدائن المرتهن رهن حيازة فهو جائز من باب أولى من المؤجر الذى يتمسك برهن ضمنى[١] .

ووقوع امتياز المؤجر على المنقولات المملوكة للغير يجد أساسه فى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز فالفقرة الثانية من المادة (١١٣٣) تعتبر مؤجر العقار حائزا بالنسبة للمنقولات الموجودة فى العين المؤجرة .

٢- المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر :

يقع الامتياز على المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر حتى لو كان المؤجر يعلم بملكية الزوجة لهذه المنقولات . ويفصح عن ذلك أن الفقرة الاولى من المادة (١١٤٣) تفرق بين نوعين من المنقولات : المنقولات المملوكة للزوجة ، ومضمون المادة هو أن لامتياز يقع عليها بدون اشتراط عدم علم المؤجر بملكية الزوجة ، المنقولات المملوكة للغير ، وبالنسبة إليها فقط يستلزم لثبوت لامتياز عليها ، عدم علم المؤجر بوجود حق الغير عليها [٢].

كما أن القول بإرجاع أساس ثبوت الامتياز على منقولات الزوجة إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، يجافى الغرض

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٨٨ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٢٤ ومابعدها - محمد على إمام ص ٦١٧- سليمان مرقس ص ٥٩٢ - محمد لبيب شنب ص ٣١٣ - أحمد سلامه ص ٤٣٥ .

الذى قصد الشارع الوصول إليه من تقرير وقوع الامتياز على هذه المنقولات ، فالمشرع يرمى من وراء هذا إلى تقرير ضمان المؤجر على جزء كبير إن لم يكن الجزء الغالب من المنقولات التى توضع فى العين . وتطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية لا يحقق هذا الغرض فى الأغلبية الكبرى من الحالات ، لأن هـذه القاعـدة لاتطبق إلا إذا كان المؤجر حسن النية ، والمؤجر يعتبر سئ النيـة ليس فقط فى حالة إخطاره بتعلق حق الغير بـالمنقولات ، ولكنـه يعتبر سئ النية أيضا فى كل حالة تؤدى ظروفها وملابساتها إلـى عدم إمكان افتراض جهله بذلك . ومن هده الحالات حالة منقـولات الزوجة ، إذا أن هناك عادة متعارف عليها فـى بلادنـا لا يمكـن افتراض جهل المؤجر بها ، وهى أن الزوجة تأتى بأثـاث المنـزل ومفروشاته فى جهازها عندما تتزوج .

ويؤيد هذا الرأى ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه :

" محل الامتياز : المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة إذا اعتقد المؤجر بحسن نية أنها مملوكة للمستأجر . وتدخل أيضا منقـولات الزوجة "(١).

ولايمنع من وقوع الامتياز جهل الزوجة أن زوجها منتفع بالعين على سبيل الإيجار .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٣١٥ .

غير أن الامتياز لايقع على منقـولات الزوجـة اسـتثناء ، إذا اشترطت الزوجة عند إدخال المنقولات فى العين المـؤجرة عـدم تحملها بحق الامتياز وموافقة المؤجر على ذلك صراحة أو ضمنا ، فذلك يعتبر بمثابة نزول من جانبه عن حقه فى الامتياز على هـذه المنقولات .

٣- المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن :

" ويقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكـة للمستأجر من الباطن إذا كان المؤجر قد اشـترط صـراحة عـدم الإيجار من الباطن .

فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا للمبـالغ التـى تكـون مستحقة للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر ".

فالنص يفرق بين حالتين :

الأولى : أن يكون المؤجر قد اشترط فى عقد الإيجـار المبـرم بينه وبين المستأجر (الأصلى) عدم الإيجار من الباطن . ذلك أن المستأجر يكون محظورا من الإيجار من الباطن إذا اتفق على منـع المستأجر منه (م٥٩٣) ، ويقاس على هذا المنع أن يكون الإيجار من الباطن ممنوعا بنص القانون.

فى هذه الحالة إذا قام المستأجر بتأجير العين من الباطن ، فإنه يكون للمؤجر امتياز على منقولات المستأجر من الباطن ضامنا لكل المبالغ التى يحق للمؤجر تقاضيها من المستأجر الأصلى .

والثانية : أن يكون المؤجر قد صرح للمستأجر بالتأجير من الباطن ، سواء كان هذا التصريح صريحا أو ضمنيا، فى هذه الحالة لا يحمل الامتياز المنقولات أو المحاصيل الموجودة بالعين إلا لضمان الأجرة التى تستحق للمستأجر الأصلى في ذمة المستأجر من الباطن ، أى عن الوقت الذى تقوم بينه وبين المؤجر علاقة مباشرة. وطبقا لنص المادة ٥٩٦ مدنى تنشأ هذه العلاقة من يوم إنذار المؤجر المستأجر بأن يوفى له ما فى ذمته من أجرة للمستأجر الأصلى ، وعندئذ يصبح المستأجر من الباطن مدينا مباشرا للمؤجر بالمبالغ التى فى ذمته للمستأجر الأصلى ، وتكون هذه المبالغ حينئذ مضمونة بامتياز يقع على المنقولات والحاصلات المملوكة للمستأجر من الباطن الموجودة فى العين المؤجرة .

ووقوع امتياز المؤجر على المنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن فى الحدود السابقة ليس مبناه تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، بل هو يقع عليها بحكم القانون ، كما يقع على المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر . ولذلك لا تأثير لعلم المؤجر أو عدم علمه عند وضع هذه المنقولات فى العين المؤجرة بأنها مملوكة أو غير مملوكة للمستأجر من الباطن[1] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٣٥- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٢٧ ومابعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... وتدخل أيضا ...ومنقولات المستأجر من الباطن ، هذا إذا اشترط المؤجر عدم الإيجار من الباطن ، فإن لم يشترط فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر . وهذا أيضا عدا المنقولات المسروقة أو الضائعة ، فلأصاحبها استردادها فى ثلاث سنوات "[١] .

٤٣٤ـ نقل الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه :

إذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة ، فإن المؤجر يفقد سلطته غير المباشرة عليها ، ولذلك فإن القاعدة أن الامتياز ينقضى .

ولكن يرد على هذه القاعدة استثناء نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة ، مقتضاه أنه إذ نقلت هذه الأموال على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، وكان ما بقى فى العين ، بعد نقل هذه الأموال غير كاف لضمان الحقوق المستحقة للمؤجر والتى يضمنها الامتياز ، فإن الامتياز يظل قائما ويستطيع المؤجر أن ينفذ على هذه المنقولات ويباشر عليها امتيازه فى أى مكان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣١٥ .

وجدت ، كما لو وضع المستأجر محصول أرضه فـي شـونه ، أو وضع المنقولات التى كانت موجودة بالعين المؤجرة فى مكان يملكه أو أودع المنقولات أو المحصولات لدى شخص ما . أو باع هـذه الأشياء إلى شخص سئ النية ، أى يعلم بتحملها بحق الامتياز .

ولا يحول دون استعمال المؤجر امتيازه إلا أن تنتقل المنقولات إلى حيازة شخص حسن النية وكان يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، كما إذا بيعت هذه المنقولات إلى شـخص يجهل تحملها بالامتياز .

غير أن النص خالف ذلك وقضى ببقاء الامتياز قائما ولو أضر بحق الغير حسن النية لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلهـا إذا أوقـع المؤجر حجزا استحقاقيا (استرداديا) فى الميعاد القـانونى وهـو ثلاثون يوما .

وقد أشارت إلى هذا الحجز المادة ٣١٧ من قانون المرافعات ، فبعد أن نصت فى فقرتها الأولى على حق المؤجر فى توقيع الحجز التحفظى على المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة فى مواجهـة المستأجر أو المستأجر عن الباطن ، أضافت أنه : " ويجوز له ذلك أيضا إذا كانت المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بـدون رضائه من العين المؤجرة ، ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوما".

فإذا أوقع المؤجر الحجز الاستحقاقى على المنقولات بعد خروجها فى خلال مدة ثلاثين يوما على الأكثر من يوم خروجها ، كان له أن يباشر حقه عليها فى مواجهة حائزها حسن النية خلال ثلاث سنوات من وقت نقلها .

وكما هى القاعدة فى الأشياء المسروقة أو الضائعة ، إذا كان الحائز قد اشتراها بحسن نية من سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر الذى يباشر امتيازه عليها أن يرد للحائز الثمن الذى دفعه فى شرائها[١].

والتعليل التقليدى للحكم المذكور ، هو أن نقل المنقولات أو المحصولات من العين بغير رضاء المؤجر يعتبر نوعا من السرقة هو سرقة الضمان ، ومن المعروف أن قاعدة " الحيازة فى المنقول سند الملكية " لا محل للتمسك بها فى حالات المنقولات المسروقة وذلك ما لم يكن المشترى قد اشترى المنقولات فى سوق عام أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها [٢].

أما إذا لم يوقع المؤجر الحجز الاستحقاقى على المنقولات والمحصولات فى الميعاد ، فلا يجوز له أن يحتج بحقه فى الامتياز فى مواجهة حائز هذه المنقولات بحسن نية . ومع ذلك يجوز له أن

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٣٧ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص٧٦٦ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٣٧ ومابعدها – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٥٨٢ هامش (١) .

يتتبع المنقولات إذا نقلت إلى حائز سئ النية ولو لم يكن قد وقع عليها الحجز الاستحقاقى فى الميعاد [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وإذا نقلت هذه المنقولات من العين المؤجرة بغير رضاء المؤجر ولم يبق فى العين ما يفى بالمستحق ، بقى الامتياز قائما عليها إلى ثلاث سنوات من نقلها ، فإذا كسب الغير عليها حقاً فإنه لا ينفذ فى حق المؤجر إذا كان هذا قد أوقع حجزاً استحقاقياً فى مدة ثلاثين يوماً من نقلها لكن إذا بيعت فى سوق عمومى أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن . والأصل أن نقل هذه المنقولات بدون رضاء المؤجر يعتبر سرقة للمرهون ، ولذلك تطبق قواعد الحيازة فى المنقولات المسروقة [٢].

٤٣٥ـ وسائل أخرى مقررة لحماية امتياز المؤجر :

رأينا فى البند السابق ، أن المشرع قرر فى سبيل محافظة المؤجر على امتيازه عند نقل المنقولات التى يرد عليها الامتياز من العين المؤجرة تخوله توقيع الحجز الاستحقاقى عليها فى أى يد ، بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا .

إلا المشرع كفل للمؤجر وسيلتين أخريين لحماية امتيازه .

---

(١) سمير تناغو ص ٤٦٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣١٥ ومابعدها .

١- حبس المنقولات القابلة للحجز الموجودة بالعين المؤجرة :

تنص المادة ٥٨٩ من التقنين المدنى على أنه : " ١- يكون للمؤجر ، ضمانا لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار ، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر ولو لم تكن مملوكة للمستأجر. وللمؤجر الحق فى أن يمانع فى نقلها ، فإذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه كان له الحق فى استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية ، مع عدم الإخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق .

٢- وليس للمؤجر أن يستعمل حقه فى الحبس أو فى الاسترداد إذا كان نقل هذه الأشياء أمرا اقتضته حرفة المستأجر أو المألوف من شئون الحياة ، أو كانت المنقولات قد تركت فى العين المؤجرة أو التى تم استردادها تفى بضمان الأجرة وفاء تماما " .

(راجع فى التفصيل شرح المادة المذكورة بالمجلد الثانى عشر) .

٢- توقيع الحجز التحفظى :

تقضى المادة (٣١٧) من قانون المرافعات بأنه " لمؤجر العقار أن يوقع فى مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة وذلك ضمانا لحق الامتياز المقرر له قانونا .

ويجوز له ذلك أيضا إذا كانت تلك المنقولات والثمرات

والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوما " .

ويتبع فى توقيع الحجز الأحكام المبينة بالمواد (٣١٩) ومابعدها من قانون المرافعات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كانت المادة ٦٦٨ من قانون المرافعات القديم قد أجازت لملاك البيوت والأطيان وملحقاتها ومستأجريها الأصليين الذين لهم فيها حق فى المال أن يحجزوا المفروشات ونحوها والمنقولات الموجودة بالمحال المستأجرة والثمار والمحصولات حجزا تحفظيا للتأمين على أداء الأجرة المستحقة لهم إلا أن محل تطبيق هذه المادة ألا يكون المؤجر عالما بأن ما حجز عليه ليس مملوكا للمستأجر أو المستأجر من الباطن ، ويجوز استخلاص هذا العلم من ظروف الدعوى وملابساتها . فإذا استدل الحكم على علم مالك الأرض بأن الحاصلات المحجوزة ليست مملوكة للمستأجر أو المستأجر من الباطن وأن العين المؤجرة جرن لا تنتج محصولات وإنما هيئت لينقل إليها سكان القرية محصولاتهم لدرسها به فإنه يكون قد استخلص ذلك استخلاصا سائغاً " .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/٢٦)

ويتيح الحجز التحفظى للمؤجر أن يجعل حقه فى الحبس منتجا ، إذ يمنع به المستأجر من إخراج منقولات من العين المؤجرة أو

يستردها إذا أخرجت ولولا هذا الحجز لاستطاع المستأجر ان يتصرف فى المنقولات لحائز حسن النية فيتملكها ويضيع بذلك على المؤجر حق امتيازه ، أما بعد الحجز فلا يجوز للحائز حسن النية أن يحتج بحقه على المؤجر[١] .

٤٣٦ـ المبالغ التى يضمنها الامتياز :

يضمن الامتياز " أجرة المبانى والأراضى الزراعية لمدة سنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار " .

فالامتياز يضمن أجرة المبانى والأراضى الزراعية بالتفصيل السابق لمدة سنتين أو لمدة الإيجار السارى إن قلت عن ذلك .

ولم يحدد المشرع السنتين المقصودتين هل هما السنتان السابقتان مباشرة على التوزيع أم أى سنتين . وإذ جاء النص مطلقا فإن الامتياز يضمن أجرة أى سنتين . فلو فرض أن المستأجر كان قد أوفى أجرة السنتين السابقتين على التوزيع وبقى فى ذمته مستحقا أجرة سنوات سابقة ، ضمن الامتياز منها أجرة سنتين . فإذا كانت الأجرة متغيرة من سنة إلى أخرى ، واستحق المؤجر أجرة عدة سنوات ، كان الأولى هو اختيار السنتين الأخيرتين[٢] .

---

(١) السنهورى ص ٧٦٧ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٣٠ – سليمان مرقس ص ٥٧٩ ومابعدها– السنهورى ص ٧٦١ .

ويضمن الامتياز أيضا كل حق آخر للمـؤجر بمقتضـى عقـد الإيجار ، مهما بلغت قيمة هذا الحق ، فيضمن الامتياز التعويضات المستحقة عن تلف العين المؤجرة ، أو عن استعمالها فى غير مـا أعدت له ، أو عن الإخلال بأى التزام آخر يفرضه العقد .

أما الديون التى تنشأ فى ذمة المستأجر ولا يكون مصدرها العقد فلا امتياز لها كقرض من المؤجر إلى المستأجر ولـو بمناسـبة الإيجار ، أو التعويض المستحق للمؤجر نظير انتفاعه بالعين بعـد انتهاء الإيجار بغير سند قانونى [(١)].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الحق الممتاز : كل ما هو مستحق للمؤجر بمقتضـى عقـد الإيجار من أجرة لاتزيد على سنتين وتعويض وغير ذلك " [(٢)].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" النص فى المادة ١١٤٣ من القانون المدنى على أن " أجـرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عـن ذلك وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار يكون لها جميعـا امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من

---

(١) السنهورى ص ٧٦٢ – محمد على إمام ص ٦١٠ ومابعـدها – عبـد الفتاح عبد الباقى ص ٧١٣ ومابعدها – توفيق حسن فرج ص ٢٨٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣١٥ .

منقول قابل للحجز ... " مفاده أن امتياز دين الأجرة على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة قاصر على أجرة سنتين ، ولما كان دين الأجرة المستحقة للمطعون عليهم الخمسة الأول هو مبلغ ٥٥١٢ جنيها فقط ، وكان الحكم المطعون فيه قد خصهم بكامل دين الأجرة المستحق لهم وقدره ٧٥٠٥ جنيهات على سند من القول بأن دين الهيئة الطاعنة – الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية – طبقا للفقرة الرابعة من المادة ١١٤٣ من القانون المدنى لا ينفذ فى حقهم ، مع أن ذلك النص فيما فرضه من استبعاد حقوق الامتياز التى تتقدم امتياز المؤجر ومن بينها المبالغ المستحقة للخزانة العامة والتى اعتبر المشرع مستحقات الهيئة الطاعنة فى مرتبتها بالمادة ١٢٤ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، لا يكون بالنسبة للأجرة على إطلاقها ، وإنما يعنى الأجرة التى حددتها الفقرة الأولى من ذات المادة بسنتين فقط ، ومن ثمّ فإن امتياز المؤجر باعتباره حسن النية– طبقا للمادة ١١٣٣مدنى – لا يتقدم على امتياز الهيئة الطاعنة إلا فى حدود سنتين ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ١٣٦٢ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٠)

٤٣٧ ـ مرتبة الامتياز :

يأتى التزام المؤجر فى المرتبة السادسة أى بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات حفظ المنقول وترميمه والامتيازات العامة ومصروفات الزراعة والحصاد ومقابل آلات الزراعة .

ولكن يشترط لذلك أن تكون هذه الحقوق نافذة فى حق المؤجر باعتباره حائزا للمنقولات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة . فمثلا إذا قام شخص بحفظ منقول المستأجر وترميمه فإن امتيازه لا ينفذ فى مواجهة المؤجر إلا إذا كان هذا الأخير يعلم عند دخول المنقول فى العين المؤجرة بأنه مثقل بامتياز مصروفات الحفظ والترميم ، ومن ثم فالمؤجر إذا كان حسن النية يتقدم على صاحب هذا الامتياز الأخير .

والأمر كذلك فى حالة وضع المستأجر فى الأرض المؤجرة آلة زراعية لم يدفع ثمنها وكان المؤجر يجهل ذلك عند إدخالها فإن امتياز مقابل الآلة الزراعية لا يكون ساريا فى مواجهته .

ولو أن المستأجر أخرج المنقولات المثقلة بامتياز المؤجر من العين المؤجرة دون علم المؤجر أو رغم معارضته ووضعها فى عقار آخر استأجره فإن امتياز المؤجر السابق يظل قائما ويستطيع التمسك به فى مواجهة المؤجر الجديد ، إلا إذا كان هذا الأخير

لايعلم عند إدخال المنقولات فى العين التى أجرها بأنها مثقلة بامتياز المؤجر السابق حيث يجوز له فى هذه الحالة اعتباره حائزا حسن النية وله التمسك بعدم سريان امتياز المؤجر السابق فى مواجهته . وبالطبع إذا أوقع هذا الأخير الحجز الاستحقاقى على المنقولات فى ظرف ثلاثين يوما من وقت خروجها من العين المؤجرة فإن امتيازه ينفذ حتى فى مواجهة المؤجر الجديد حسن النية .

وتطبق الأحكام السابقة فى حالة التزاحم بين مؤجر العقار وصاحب الفندق ، كما إذا أخرج المستأجر المنقولات المثقلة بالامتياز ووضعها فى فندق [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" مرتبة الامتياز : هى السادسة بعد حقوق الامتياز السالفة الذكر ، إلا ما كان منها لا ينفذ فى حق المؤجر لحسن نيته ، كما إذا اشترى المستأجر آلة زراعة ولم يدفع ثمنها وأدخلها فى الأرض المؤجرة دون أن يعلم المؤجر أن ثمنها لم يدفع "[٢].

---

(١) محمد على إمام ص ٦٢٥ – توفيق حسن فرج ص ٢٩١ – أحمد سلامه ص ٤٤٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣١٦ .

مـــادة (١١٤٤)

١- المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لهـا امتيـاز علـى الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته .

٢- ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيـل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحـق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الأمتعـة مسـروقة أو ضـائعة ، ولصاحب الفندق أن يعارض فى نقل الأمتعة من فندقه مـادام لـم يستوف حقه كاملا . فإذا نقلت الأمتعة رغـم معارضـته أو دون علمه ، فإن حق الامتياز يبقى قائما عليها دون إخـلال بـالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية .

٣- ولامتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التى لامتياز المؤجر، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ ، ما لم يكن غير نافـذ بالنسبة إلى الآخر .

الشـــرح

امتياز صاحب الفندق :

٤٣٨_ حكمة الامتياز :

يبين من المادة أن لصاحب الفندق امتيازا على أمتعـة النزيـل يضمن المبالغ المستحقة له فى ذمته من أجرة الإقامة والمؤونة وما

صرف لحسابه . والحكمة فى تقدير هذا الامتياز واضحة ، إذ أن صاحب الفندق يستقبل كل نزيل وهو فى الغالب لا تربطه به معرفة سابقة تمكنه من التحقق من درجة يساره ، ومن ثم فهو يعتمد على ما يحضره معه من أمتعة ، ومن ثم يجب أن يكون له امتياز عليها يضمن الوفاء بالمبالغ المستحقة على النزيل .

ويقوم الامتياز على فكرة الرهن الضمنى ، فصاحب الفندق له الحيازة القانونية على المكان الذى يقيم فيه النزيل ، ويفترض فى هذا الأخير أنه قبل ضمنا رهن ما يحضره معه من أمتعة لصاحب الفندق ضمانا للمبالغ الواجبة فى ذمته بمناسبة نزوله فى الفندق[١] .

٤٣٩ - من يفيد من الامتياز ؟

لايفيد من الامتياز إلا صاحب الفندق .

ويعتبر الشخص صاحب فندق متى قدم المأوى ، ولو لم يكن من عادته أن يقدم لنزلائه الطعام ، ولكن تقديم المأوى شرط لازم ، فلا يفيد من الامتياز أصحاب المطاعم والمقاهى أو غيرهم ممن يقدمون لرواد محالهم الطعام أو الشراب دون المأوى [٢].

ونرى مع البعض أنه يفيد من الامتياز أصحاب الدور المفروشة الذين يؤجرون منها غرفا مؤثثة (البنسيونات) حتى ولو لم يقدموا طعاما للنزلاء لأنه وإن اقتصر على تقديم المأوى فقط دون

---

(١) محمد على إمام ص ٦٢٦ – سمير عبد السيد تناغو ص ٤٦٧ .
(٢) السنهورى ص ٧٧٠- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٤٠ ومابعدها .

الطعام ، فهو يقدم للنزيل خدمات أخرى تجعله أقرب إلى صـــاحب الفندق منه إلى مؤجر المسكن المفروش[(١)] .

أما الدور التى تؤجر بكاملها مفروشة ، فإن أصحابها يتمتعــون بامتياز المؤجر ، لأنهم لا يلزمون إلا بتمكين المستأجر من الانتفاع بها ، ولا يقومون بأداء أى خدمة أخرى ، ولذلك لا يصــدق علــى هؤلاء وصف أصحاب الفنادق [(٢)].

ولا يلزم لثبوت الامتياز أن يكون نزيل الفندق سائحا أو مسافرا ، ولذلك تجنب النص كلمة سائح . فالامتياز يثبت ولو كــان النزيــل مقيما فى نفس الجهة أو البلد الكائن فيها الفندق . ولايلــزم كــذلك لثبوت الامتياز أن تكون إقامة النزيل قصيرة[(٣)] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٤١ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٤١ – سمير عبد الســيد تنــاغو ص ٤٦٧ ومابعدها .

(٣) السنهورى ص ٧٧١ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٤١ – سمير عبــد السيد تناغو ص ٤٦٨ – الدكتورة نادية محمد معوض التزامات وحقوق الفندق إزاء النزلاء الطبعة الثانية سنة ٢٠٠١ ص ١٤٩ وهــامش(١) وتشير سيادتها إلى أن المؤتمر العالمى للسياحة الذى دعت إليه منظمة الأمم المتحدة والمنعقد فى روما من ١٩٦٣/٨/١٩ إلــى ١٩٦٣/٩/٩ انتهى إلى أن السائح هو : " أى شخص يزور بلدا غير البلد الذى يقيم فيها على وجه الاعتياد ، لأى سبب من الأسباب غير قبول وظيفة بأجر فى الدولة التى يزورها ، ولمدة لا تقل عن أربع وعشرين ســاعة ولا تزيد على اثنى عشر شهرا ".

٤٤٠ - المبالغ المضمونة بالامتياز:

يضمن الامتياز " المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ".

فالامتياز يضمن كل المبالغ المستحقة لصاحب الفندق على النزيل في مقابل ما يقدمه له ولمن أحضرهم معه من أقاربه وتابعيه كزوجه وأولاده . وخدمه ، ويدخل في ذلك المبالغ المستحقة في نظير النوم والطعام والشراب .

ويضمن الامتياز أيضا ثمن المأكولات والمشروبات التي تقدم لضيوف النزيل .

ويضمن الامتياز كذلك المبالغ المستحقة في ذمة النزيل بسبب ما يأتيه هذا الأخير في الفندق من الحيوانات ، كالخيول والكلاب أو من الأشياء كالسيارة .

فيضمن الامتياز أجرة وضع السيارة في الجراج وثمن ما يقدمه الفندق لها من بنزين .

وفضلا عن ذلك يضمن المؤجر المبالغ التي ينفقها صاحب الفندق لحساب النزيل ، كما إذا دفع الأول ثمن بضائع اشتراها الثاني بناء على طلبه [(١)].

وقيمة إرسال برقيات للحجز للنزيل في دور العرض أو دفع رحلاته السياحية داخل المدينة أو أجرة انتقال أو تذكرة سفره [(٢)].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٤١ ومابعدها .

(٢) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٥٩٠ .

والامتياز يشمل المبالغ التى يقرضها صاحب الفندق للنزيل ، ومع ذلك ينبغى تقييد هذا بأن يكون القرض عاديا متعلقا بالإقامة ، وليس قرضا للقيام بمشروع لا علاقة له بالإقامة ويتخطى حدودها[١].

بيد أن الامتياز لا يضمن التعويض الذى يلتزم به النزيل بسبب إتلاف بعض محتويات الفندق . وذلك لأن القانون عبر عن الحقوق المضمونة بالامتياز بأجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحساب النزيل ، والتعويض لا يدخل ضمن هذه الحقوق[٢] .

وامتياز صاحب الفندق يضمن حقوق صاحب الفندق عن آخر مرة نزل فيها فى الفندق لا عن المرات السابقة . وعلى ذلك إذا نزل شخص فى فندق ولم يف بأجر إقامته وغادر الفندق بأمتعته ، ثم بعد فترة عاد ونزل فى ذات الفندق ، فإن الأمتعة التى يحملها معه فى المرة الثانية تضمن حقوقه الناشئة عن نزوله المرة الثانية فقط ، ولا تضمن أجر النزول فى المرة الأولى[٣] .

ويستوى أن يكون النزيل مصريا أم أجنبيا .

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٤٦٨ – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ١٩٥٠ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٤٢ – محمد لبيب شنب ص ٣١٦ .

(٣) محمد لبيب شنب ص ٣١٦ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الحق الممتاز : المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل ، عن الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، فيدخل النوم والطعام والشراب للنزيل ومن معه وكذلك ما أعطى له قرضاً ، وذلك عن آخر مرة نزل فيها لا عن المرات السابقة ، وقد يكون النزيل من نفس البلد ، لذلك تجنب المشروع كلمة سائح "(١) .

٤٤١ـ محل الامتياز :

يرد امتياز صاحب الفندق على " الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته " .

وكلمة أمتعة تنصرف إلى كل أنواع المنقولات المادية كالملابس والسيارات والمركبات والحيوانات بشرط أن تكون قابلة للحجز عليها .

وخلافا لامتياز المؤجر ، يقع امتياز صاحب الفندق على النقود والمجوهرات وقد أشارت مذكرة المشروع التمهيدى إلى ذلك صراحة .

ولا يرد الامتياز على المنقولات غير المادية كالسندات فهى لا تعتبر من الأمتعة .

ولا أهمية لما إذا كان النزيل قد أتى بالأمتعة معه عند دخول الفندق ، أم إذا كان قد أتى بها خلال مدة إقامته فيه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣١٨ .

وكما هى الحال بالنسبة إلى المؤجر ، لا يقع الامتياز كقاعدة عامة إلا على الأمتعة المملوكة للنزيل وتابعيه . ولكن صاحب الفندق كالمؤجر تماما يعتبر حائزا للمنقولات التى يأتى بها النزيل فى الفندق . ومن ثم إذا كان ضمن أمتعة النزيل ما هو مملوك للغير وكان صاحب الفندق لا يعلم بأنها ليست مملوكة للنزيل عند دخولها الفندق أى كان حسن النية ، كان لصاحب الفندق أن يحتج بامتيازه عليها . وذلك بشرط ألا تكون هذه المنقولات مسروقة أو ضائعة وإلا جاز استردادها فى خلال ثلاث سنوات ولو كان صاحب الفندق حسن النية [(١)].

٤٤٢ـ حالة نقل الأمتعة من الفندق :

إذا نقلت الأمتعة من الفندق برضاء صاحبه أو بغير اعتراض منه فإن الامتياز ينقضى ولو عاد النزيل إلى الفندق بعد ذلك فإن الامتياز لا يثبت إلا لما يستحق فى ذمته بناء على الإقامة الجديدة .

أما إذا نقلت الأمتعة من الفندق رغم معارضة صاحبه أو دون علمه بقى الامتياز عليها قائما . غير أن هذا الامتياز لا يضر بمن يحوز هذه الأمتعة بحسن نية وبسبب صحيح ، إذ يكون لهذا الحائز أن يحتج بعدم سريان الامتياز فى مواجهته ، على أساس قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٤٣ – سمير عبد السيد تناغو ص ٤٦٩.

ولكن صاحب الفندق بخلاف مؤجر العقار ، لا يستطيع أن يوقع حجزا استحقاقيا على المنقولات التى تخرج من عنــده لعــدم ورود نص بها كالشأن بالنسبة للمؤجر وعلى أساس التفسير الضيق لقواعد الامتياز [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" **محل الامتياز** : الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو فى مكان ملحق ، ويدخل فى الأمتعة المجــوهرات ، ويثقــل الامتيــاز الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل ، مادام صــاحب الفنــدق لا يعلم أنها مملوكة لغيره ، هذا ما لــم تكــن مســروقة أو ضــائعة فلصاحبها أن يستردها فى ثلاث سنوات . وإذا نقلت المنقولات بغير رضاء صاحب الفندق كان له أن يستردها ، إلا إذا كسب الغير حقاً يكون نافذا قبله ، وليس لصاحب الفندق توقيع حجــز اســتحقاقى كالمؤجر "[٢] .

٤٤٣ـ مرتبة الامتياز :

مرتبة الامتياز هى المرتبة السادسة ، أى هى نفس مرتبة امتياز مؤجر العقار . غير أنه فى التزاحم بين صاحب الفندق وصــاحب

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهــران ص ٥٩٢ – عبــد المــنعم البدراوى ص ٤٤٣ – نادية معوض ص ١٥٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٧ ص ٣١٨ .

امتياز آخر متقدم عليه ، فإن امتياز صاحب الفندق يتقدم طالما أنـــه لا يعلم بتعلق حق الغير بهذه الأمتعة باعتباره حائزا حسن النية لها. وعلى ذلك فرغم أن هذا الامتياز متأخر فى المرتبة إلا أنه قد يتقدم على حقوق الامتياز الأخرى جميعا على أساس فكرة الحيازة .

أما إذا تزاحم امتياز صاحب الفندق مع امتياز مؤجر العقار بأن نقلت الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المــؤجر وأدخلــت مــع النزيل فى الفندق ، كانت الأفضلية لامتياز المؤجر لأنه الأسبق فى التاريخ ما لم يكن صاحب الفندق حسن النية لا يعلم بوجود امتيـــاز المؤجر ، فيعتبر حينئذ حائزا حسن النية لا يحـــتج عليـــه بامتيـــاز المؤجر ، إلا إذا أوقع المؤجر الحجز الاستحقاقى فى خلال ثلاثـــين يوما من نقل الأمتعة من العين المؤجرة فإن هـــذا الحجـــز يجعـــل امتياز المؤجر نافذا فى مواجهة صاحب الفندق رغم حسن نيتـــه . وكذلك إذا أخرج النزيل الأمتعة من الفندق ووضـــعها فـــى عـــين استأجرها ، كان امتياز صاحب الفندق هو المتقدم لأنـــه الأســـبق ، فينفذ فى حق المؤجر ما لم يكن هذا غير عالم بوجود الامتياز فـــى الوقت الذى دخلت فيه المنقولات فى العين المؤجرة .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" **مرتبة الامتياز :** هى نفس مرتبة المؤجر . فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ ما لم يكن غير نافذ بالنسبة للآخـــر . فـــإذا

أخرج المستأجر بعض الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر ونزل بها فى فندق صاحبه لا يعلم أن للمؤجر امتيازاً على هذه الأمتعة ، وحجز المؤجر حجزاً استحقاقيا فى الميعاد ، فإن امتياز المؤجر وهو الأسبق فى التاريخ ، هو الذى يقدم ، أما إذا لم يحجز المؤجر ، فإن امتيازه لا يكون نافذاً بالنسبة لصاحب الفندق فيقدم امتياز هذا الأخير . كذلك إذا أخرج النزيل أمتعته ووضعها فى عين مؤجرة ، وكان المؤجر حسن النية ، كان امتيازه مقدما لأن امتياز صاحب الفندق ، وهو الأسبق فى التاريخ لا ينفذ فى حقه "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣١٨ ومابعدها .

مـادة (١١٤٥)

١- ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشئ المبيع ، ويبقى الامتياز قائما مادام المبيع محتفظا بذاتيته . وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية .

٢- ويكون هذا الامتياز تاليا فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا أنه يسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق .

الشـرح

امتياز بائع المنقول :

٤٤٤ـ حكمة الامتياز :

يضمن امتياز بائع المنقول حق البائع فى ثمن المبيع وملحقاته على الشئ المبيع ، وحكمة ذلك أن البائع قد فقد ملكية الشئ ونقلها للمشترى دون أن يتلقى ثمن المبيع ، وأن المشترى اكتسب ملكية الشئ دون أن يدفع ثمنه . فيتحقق بهذا ظلم إثراء المشترى على حساب البائع دون سبب ، وهو ظلم ينبغى رفعه عن طريق تمكين البائع من استيفاء دينه وليس هناك وسيلة أقرب لذلك من إعطائه امتيازا على الشئ المبيع ذاته .

فالبائع هو الذى أدخل الشئ فى ذمة المشترى ومـــن حقـــه أن يتقدم سائر الدائنين فى استيفاء حقه من ثمن هذا الشئ[١] .

٤٤٥ ـ وجوب وجـود عقد بيــع :

يشترط لتحقق امتياز بائع المنقول وجود عقد بيع . وســـواء أن يكون الطرفان قد اتفقا على دفع الثمن فورا ، أو علـــى أن يمـــنح المشترى أجلا للوفاء . ولا أهمية للاسم الذى يطلق على العقد .

فالامتياز يتحقق متى توافرت فى العقد أركان البيع ولو أطلـــق عليه اسم آخر .

فالامتياز يثبت فى حالة حوالة الحق لأن حوالة الحق ما هى إلا بيع له .

أما المقايضة فلا تعتبر بيعا ، لأن من أسس البيع هو أن يحصل نقل ملكية الشئ المبيع فى مقابل ثمـــن نقـــدى (م٤١٨ مـــدنى) ، وعلى ذلك فالامتياز لا يثبت للمتقايض على أساس المقايضة .

أما إذا كانت المقايضة بمعدل ، وكان العنصـــر الغالـــب فـــى المعدل هو النقود ، كما إذا بيعت سيارة جديدة بمائة ألف جنيه على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قيمتها عشرون ألف جنيه ، كـــان العقد بيعا ومن ثم كان لمن يستحق الفرق امتياز البائع على السيارة التى قيمتها مائة ألف جنيه .

(راجع المجلد السادس فى البيع والمقايضة بند ٤) .

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٤٧٢ – عبد المنعم البدراوى ص٤٤٥ .

٤٤٦ـ وجوب أن يكون المبيع منقولا :

يجب لثبوت الامتياز أن يكون المبيع منقولا . ولا أهمية لنوع المنقول فيستوى أن يكون ماديا كقطن أو سيارة أو جهاز كهربائى ، أم معنويا كالمحل التجارى والدين .

٤٤٧ـ محل الامتياز :

يقع امتياز البائع على المنقول المبيع كما ذكرنا .

ويشترط لبقاء الامتياز على المنقول أن يظل محتفظا بذاتيته ، فإذا فقد ذاتيته بأن تغيرت حالته تغيرا تاما فضاعت معالمه انقضى الامتياز ، كما إذا كان المبيع دقيقا فصنع خبزا أو قطنا فأصبح نسيجا . أما إذا تغير المنقول دون أن يفقد ذاتيته وتتغير معالمه فإن الامتياز يبقى ، كالقماش يحاك ثيابا والخشب يصنع أثاثا . وكذلك يفقد المنقول ذاتيته إذا أدمج فى عقار فأصبح عقارا بطبيعته ، كمواد البناء من أحجار ونحوها تدمج فى البناء .

أما إذا أصبح المنقول المبيع عقارا بالتخصيص ، فإن ذلك لايمنع من بقاء الامتياز عليه ، لأن اكتساب المنقول هذه الصفة لا يفقده ذاتيته[1] .

وإذا بيعت عدة منقولات بعقد واحد وجب التمييز بين فرضين :

الفرض الأول : أن يكون البيع صفقة واحدة بثمن إجمالى لكل

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٤٧ – محمد لبيب شنب ص ٣٢٠ .

المنقولات ، عندئذ يكون البيع واحد وكل المنقولات ضـامنة لكـل الثمن لأن الامتياز لايتجزأ .

الفرض الثانى : أن يحدد لكل منقول ثمن محدد ، فتكون بصدد بيوع متعددة ويكون كل منقول مثقلا بالامتياز الضامن لثمنه [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" محل الامتياز : المنقول المبيع مادام محتفظا بذاتيتـه ، ولـم يكسب عليه الغير حقا ينفذ قبل البائع ، ومادام المشترى لـم يفلـس وإلا حرم البائع الامتياز والفسخ طبقا لقواعد القانون التجارى" [٢].

٤٤٨ - من يفيد من الامتياز ؟

يثبت الامتياز للبائع ، أو لمن يحل محلـه قانونـا أو اتفاقـا . ويجوز للمشترى إذا اقترض مبلغا وفى به الثمن أن يحل المقـرض محل البائع فى امتيازه ، ولو بغير رضاء البائع ، بشرط أن يـذكر فى عقد القرض أن المبلغ المقترض قد خصص للوفـاء بـالثمن ، وفى المخالصة التى يعطيها البائع أن الوفاء بالثمن كان مـن هـذا المبلغ[٣] (راجع المادة ٣٢٨) .

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهـران ص ٥٩٦ - حسـام الـدين الأهوانى ص ٧٦٠ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٢١ ومابعدها .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٤٨ .

٤٤٩ـ المبالغ المضمونة بالامتياز :

لايكون للبائع امتياز إلا بالنسبة للثمن وملحقاته . ويقصد بالثمن المقابل النقدى للمبيع سواء أكان مجمدا أو مقسطا أم فى صورة إيراد مرتب ، وسواء أكان المستحق منه للبائع كله أو بعضه ، وسواء اشترط دفعه للبائع ذاته أم للغير .

وتشمل ملحقات الثمن فوائده ومصروفات المطالبة به .

ولكن لا يضمن الامتياز ما يترتب على البيع من حقوق أخرى للبائع غير الثمن وفوائده ومصروفات المطالبة ، كما هو الحال بالنسبة للتعويض الاتفاقى أو القانونى الذى يلتزم المشترى بدفعه للبائع .

ويختلف امتياز البائع فى ذلك عن امتياز المؤجر حيث يضمن هذاا الامتياز الأخير الأجرة وكل الحقوق الأخرى التى تترتب للمؤجر بناء على عقد الإيجار [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الحق الممتاز : ثمن المبيع وملحقاته من فوائد ومصروفات وكذلك ما أقرض للمشترى وحل المقرض فيه محل البائع باتفاق معه"، ولم ينص المشروع على هذه الحالة اكتفاء بالقواعد العامة ، ولايدخل فى نطاق الامتياز التعويض أو أى دين آخر مستحق بعقد

---

(١) محمد على إمام ص ٦٣١ – سمير عبد السيد تناغو ص ٤٧٣ .

البيع غير ما تقدم (وهذا بخلاف ما ذكر بالنسبة لعقد الإيجار فـــى امتياز المؤجر) "[١].

٤٥٠ـ حــق التتبع :

يظل البائع محتفظا بامتيازه ولو خرج الشئ المبيع من حيـــازة المشترى ، ويعنى هذا حقه فى تتبع المنقول محل الامتياز . ومـــع ذلك فالحق فى التتبع لايحتج به فى مواجهة حائز جديد حسن النيـــة أو شخص اكتسب حقا بحسن نية على المنقول .

فإذا انتقل المنقول إلى حيازة مشتر جديد حسن النية لا يعلم بحق البائع فلا يجوز التنفيذ على المنقول تحت يده .

وطبقا لأحكام الإفلاس فى قانون التجارة ، فإن الامتياز لايحتج به فى مواجهة جماعة الدائنين إذا أفلس المدين التاجر الذى اشترى المنقول .

وقد يكسب الغير حقوقا على المنقول بصفة تبعيـــة ، كمـــا إذا أصبح المنقول عقارا بالتخصيص ورهن مع العقار الأصلى ، فـــإن حق الدائن المرتهن إذا كان هذا حسن النية يتقدم على امتياز بـــائع المنقول .

٤٥١ـ مرتبة الامتياز :

مرتبة الامتياز هى السابعة بعد الامتيازات الواقعة على منقـــول والتى سبق ذكرها .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٧ ص ٣٢١ .

وعلى هذا النحو يسبق كل من امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق امتياز بائع المنقول .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق أساسهما فكرة الرهن الضمنى ، ومن ثم إذا كان المؤجر أو صاحب الفندق سئ النية ، أى يعلم عند إدخال المنقول فى العين المؤجرة أو فى الفندق بحق البائع عليه فإنه لا يستطيع أن تحتج بامتيازه فى مواجهة البائع ومن ثم يتقدم هذا الأخير عليه [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" مرتبة الامتياز : يأتى هذا الامتياز بعد الامتيازات السابقة ، ويسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا كان هذان يعلمان به"[٢].

٤٥٢ ـ امتياز بائع المحل التجارى :

ينظم امتياز بائع المحل التجارى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ (المعدل) الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها .

وبمقتضى المادة الرابعة من القانون لايقع امتياز البائع إلا على أجزاء المحل المبينة فى القيد ، فإذا لم يعين على وجه الدقة ما يتناوله الامتياز ، لم يقع إلا على عنوان المحل التجارى واسمه والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية ، وينفذ

---

(١) محمد على إمام ص ٦٣٣ – محمد لبيب شنب ص ٣٢١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٢٢ .

الامتياز على ما هو ضمان له من أثمان البضائع والمهمات أو مقومات المحل غير المادية كل منها على حده .

وتنص المادة الثانية على أن يشهر عقد البيع بقيده في سجل خاص معد لهذا الغرض بمكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يقع بدائرتها المحل التجارى وإذا شمل عقد البيع فرعا للمحل التجارى بالقطر المصرى وجب أيضا اتخاذ إجراءات القيد فى مكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد فى دائرتها هذا الفرع .

وإذا كان ما بيع هو الفرع وحده أجرى القيد فى كل من مكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد بدائرتها المحل الرئيسى والفرعى . "

وتنص المادة الثالثة على أنه يجب إجراء القيد فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ البيع وإلا كان القيد باطلا .

ويكون للقيد الأولوية على القيود التى تجرى على ذات المشترى فى نفس الميعاد .

وبمقتضى المادة (٢٣) يكفل القيد حفظ الامتياز لمدة خمس سنوات من تاريخه كما يؤمن فوائد الدين لمدة سنتين بامتياز له نفس المرتبة التى للدين الأصلى .

ويعتبر القيد لاغيا إذا لم يجدد خلال المدة السابقة .

مـــادة (١١٤٦)

١- للشركاء الذين اقتسموا منقولا ، حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .

٢- وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ .

الشـــرح

امتياز متقاسم المنقول :

٤٥٣ _ حكمة الامتياز :

يقرر المشرع امتيازا لمتقاسم المنقول على ما وقع فى نصيب بقية المتقاسمين ضمانا للحقوق التى تترتب له فى ذمتهم بناء على القسمة . ومبنى الامتياز اعتبارات العدالة التى توجب أن يستوفى المتقاسم حقوقه مما آل إلى شريكه قبل دائنى هذا الأخير ، حيث أن المال لم يستقر فى ذمة الشريك ويختص به دائنيه إلا بناء على القسمة التى كان المتقاسم طرفا فيها . وإذن فامتياز المتقاسم أساسه فكرة إيجاد الشئ فى ذمة المدين التى يقوم عليها امتياز البائع أيضا.

هذا ولم يكن القانون القديم يعرف امتيازا للمتقاسم إلا فى حالة العقار . أما التقنين الجديد فقد قرر هذا الامتياز حتى لا يفرق بين العقار والمنقول تفرقة لا مبرر لها .

٤٥٤ـ الحق الممتاز :

يثبت الامتياز فى القسمة الواردة على منقول لكل حق يترتب للمتقاسمين فيما بينهم .

وإذن فلا بد أن يتعلق الأمر بقسمة أموال مملوكة على الشيوع. ولا يهم مصدر الشيوع ، فقد يكون الميراث أو غيره . كذلك لايهم نوع القسمة فيصح أن تكون اتفاقية أو قضائية ، كما يجوز أن تكون كلية أو جزئية . كذلك لايهم ما إذا حصلت القسمة عينا أو بطريق التصفية مادام يترتب عليها إنهاء حالة الشيوع بين الشركاء دون أن تؤدى إلى انتقال المال المشاع إلى أجنبى عنهم .

ويجب أن يكون محل القسمة مالا منقولا .

فامتياز متقاسم العقار يحكمه نص خاص هو المادة (١١٤٩) التى سنعرض لحكمها فيما بعد .

ويضمن الامتياز الحقوق التى تثبت للشريك فى القسمة قبل بقية الشركاء ، وتشمل هذه الحقوق ما يأتى :

١- معدل القسمة ، وهو الفرق الذى يتعهد الشريك بدفعه للمتقاسم الذى اختص بالحصة الأقل قيمة .

٢- التعويض الواجب دفعه للشريك الذى استحقت حصته للغير بسبب سابق على القسمة . فهذا التعويض يستحق للمتقاسم بناء على الالتزام بضمان الاستحقاق الذى يرتبه عقد القسمة فى ذمة الشركاء (م٨٤٤/١) ، ومن ثم يكون مضمونا بامتياز المتقاسم .

٣- ثمن التصفية فى حالة تعذر القسمة عينا وحصولها عن طريق المزاد ورسو المزاد على أحد الشركاء . فكل متقاسم يكون له فى هذه الحالة الحق فى الرجوع على الشريك الذى رسا عليه المزاد بنصيبه فى ثمن رسو المزاد ، ويكون رجوعه عليه مضمونا بامتياز المتقاسم . هذا وفى حالة رسو المزاد على أجنبى ، يكون للمتقاسمين جميعا امتياز البائع[1] .

٤- الفوائد التى يستحقها المتقاسم عن أى مبلغ من المبالغ المتقدمة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الحق الممتاز : الالتزامات التى تنشأ من عقد القسمة وهى ثلاثة : ضمان الاستحقاق والالتزام بدفع المعدل والالتزام بدفع ثمن التصفية . وامتياز المتقاسم فى المنقول استحدثه المشروع ولا يوجد فى التقنين الحالى "[2].

٤٥٥- محل الامتياز :

يقع الامتياز على الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم . فإذا كان الدين هو المعدل وزد الامتياز على منقولات

---

(١) محمد على إمام ص ٦٣٤ - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٥٩٩ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٢٣ .

المتقاسم الذى استحق المعدل بسببها وإذا كان الدين هو ثمن التصفية ورد الامتياز على المنقول الذى استحق عنه هذا الثمن .

وإذا كان الدين هو التعويض عن التعرض أو الاستحقاق ورد الامتياز على ما آل للمتقاسمين كل بنسبة حصته فى الالتزام بالتعويض والتى تقدر تبعا لحصته فى المال الشائع(١) .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" محل الامتياز : الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم " (٢).

٤٥٦ـ مرتبة الامتياز :

مرتبة هذا الامتياز هى نفس المرتبة المقررة لامتياز بائع المنقول ، أى أنه فى المرتبة السابعة بعد الامتيازات المذكورة فيما سبق .

فإذا تزاحم متقاسم المنقول مع بائع المنقول قدم الأسبق منهما فى تاريخ نشوئه . فإذا حصلت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع . وإذا كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم . كما إذا انقسم المنقول بين الشركاء على الشيوع ثم باع كل متقاسم ما وقع فى نصيبه من حصة مفرزة .

---

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٦٠٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٢٣ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" مرتبة الامتياز : هى مرتبة امتياز البائع ، فإذا تزاحما قدم الأسبق . فإذا كانت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع . وإذا كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٢٣ .

٢ـ حقوق الامتياز الخاصة
الواقعة على عقار

مـــادة (١١٤٧)

١- ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكـون لـه امتياز على العقار المبيع .

٢- ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان المبيع مسجلا ، وتكـون مرتبته من وقت القيد .

الشـــرح

امتياز بائع العقار :

٤٥٧ ـ حكمة الامتياز :

الحكمة من امتياز بائع العقار هى ذات الحكمة من امتياز بـائع المنقول ، فالبائع قد أدخل قيمة مالية جديدة فى ذمـة المشـترى ، فيكون من العدل أن يستوفى حقه من هذه القيمة ذاتها قبل غيره من الدائنين .

٤٥٨ـ محل الامتياز :

يرد الامتياز على عقار مبيع . فيجب وجود عقد بيـع صـحيح لعقار . ولا أهمية للإسم الذى يطلق على العقـد إذا تـوافرت فيـه أركان البيع .

ويجب أن يكون العقار قابلا لأن يباع بالمزاد العلني . ولا أهمية لنوع العقار ، فسواء كان ماديا كمنزل أو قطعة أرض ، أم معنويا كحق الانتفاع . ولكن الامتياز لا يثبت في حالة بيع الارتفاق. فإذا قرر شخص حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار الجار في نظير مبلغ من النقود ، ما كان له أن يدعي أن حقه مضمون بامتياز على حق الارتفاق ، لأنه لا يمكن بيع الارتفاق بالمزاد استقلالا عن العقار المخدوم .

وإذا توافرت في العقد أركان البيع ثبت الامتياز ، ولا أهمية لكيفية حصول البيع ، فسوء حصل ودياً أم قضائيا .

ولا أهمية كذلك لطريقة تحديد الثمن ، فسواء حدد الثمن بمبلغ معين ، أم كان الثمن عبارة عن إيراد مرتب للبائع أو لشخص من الغير .

والامتياز يقع على كل العقار ، حتى ولو كان معظم الثمن قد دفع ما لم يتفق على خلاف ذلك ، إذ أن الامتياز بطبيعته لايتجزأ.

ولايثبت الامتياز إذا بيعت العقارات بالتخصيص الملحقة بعقار، ولكن يثبت للبائع امتياز بائع المنقول لأنه بالبيع تفقد الأشياء صفة العقار بالتخصيص وتعود منقولة . وإذا بيعت ثمار الأرض حال اتصالها بها ، كان لبائعها امتياز بائع المنقول ، لأن هذا الثمار تعتبر منقولات بحسب المآل .

وفى المقايضة بمعدل – كما ذكرنا فى امتياز بـائع المنقـول- يعتبر العقد بيعا إذا كان العنصر الغالب فى المعدل هـو النقـود . ومن ثم كان لمن يستحق المعدل امتياز البائع على العقار .

والهبة وإن كانت بعوض لا يثبت فيها امتياز البائع إلا إذا كـان العوض يساوى قيمة الشئ الموهوب أو يقاربه .

ولاتعتبر الشفعة فى حكم البيع لأى الشفيع لايعتبر مشتريا مـن المشفوع منه بل من البائع الأصلى . وعلى ذلك لا يثبـت امتيـاز البائع للمشفوع منه ويقتصر ضمانه على الحق فى الحبس[١] . فـى حين أن البائع يثبت له امتياز فى مواجهة الشفيع حيث يعتبر مشتريا منه (م٩٤٥) .

وإذا كان المبيع حق انتفاع أو ملكية الرقبة ، طبقت الأحكام التى ذكرناها فى حالة رهن الانتفاع وملكية الرقبة رهنا رسميا . وكذلك تطبق أحكام رهن العقار المملوك فى الشيوع فى الحالة التى يبـاع فيها العقار شائعا ، أو تباع منه حصة شائعة[٢] .

وإذا بيع عقار واحد لأشخاص متعددين ، واختص كـل مشـتر بنصيب مفرز منه ، كانت هناك بيوع متعددة بتعـدد المشـترين . وتولد من كل بيع امتياز خاص . ولايحق للبائع فى هذه الحالـة أن يطالب كل مشتر إلا بنصيب حصته من الثمن ، ويكون هذا الـثمن

---

(١) محمد على إمام ص ٦٣٨ ومابعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٩٠.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٦٣ ومابعدها .

مضمونا بالامتياز على تلك الحصة وحدها دون حصص باقى المشترين . ويختلف الأمر فى حالة ما إذا بيع عقار واحد لأشخاص متعددين فى الشيوع ، أى دون أن يختص كل مشتر بحصة مفرزة فى العقار ، إذ فى هذه الحالة نكون بصدد بيع واحد ، ويتولد عنه امتياز واحد يقع على العقار جميعه . وإذا بيعت فى صفقة واحدة عدة عقارات لشخص واحد وبثمن إجمالى واحد ، كان البيع واحدا ، وتولد عنه امتياز واحد يثقل كل العقارات المبيعة . ولذلك يحق للبائع – ما لم يتفق على خلافه – أن يباشر امتيازه بالنسبة إلى كل الثمن على أى من هذه العقارات ، لأن الامتياز لايتجزأ . أما إذا بيعت فى صفقة واحدة عدة عقارات وذكر فى العقد ثمن كل عقار على حدة ، كنا بصدد بيوع متعددة بتعدد العقارات ، ويكون للبائع امتيازات متعددة يقع كل منها على واحد من هذه العقارات .

٤٥٩ ـ صاحب الحق فى الامتياز :

يتقرر الامتياز بقوة القانون لضمان حق بائع العقار ومن يحل محله قانونا أو اتفاقا . بشرط أن يذكر هذا الحلول فى قائمة القيد أو فى هامشها ، حتى يسرى على الغير (م١٠٥٣ مدنى – م ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى) . ويثبت هذا الامتياز قبل المشترى أو من حل محله[1] .

---

(١) رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٦٠١ ومابعدها .

٤٦٠ - المبالغ التى يضمنها الامتياز :

يضمن الامتياز ما يثبت للبائع من الثمن وملحقاته .

ويقصد بالثمن المقابل النقدى للمبيع سواء كان مجمدا أم مقسطا أم فى صورة إيراد مرتب ، وسواء اشترط دفعه للبائع ذاته أم للغير ، وسواء أكان مستحقا كله أو بعضه . ويعتبر فى حكم الثمن التكملة التى تدفع فى حالة وجود غبن فى عقار القاصر (م ٤٢٥ مدنى).

وإذا أقرض شخص المشترى مبالغ للوفاء بالثمن فإنه يستفيد من امتياز البائع باعتباره قد حل محله اتفاقا ، وكذلك يستفيد من الامتياز من يحل محل البائع بحكم القانون . ولكن يشترط لسريان هذا الحلول فى حق الغير أن يذكر فى قائمة قيد الامتياز أو يؤشر به فى هامشها (م١٠٥٣ مدنى ، ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى) .

ويضمن الامتياز ملحقات الثمن ، كفوائده القانونية أو الاتفاقية ومصروفات المطالبة [١].

ولا نقر ما يذهب إليه البعض[٢] من توسع فى ملحقات الثمن بشمولها مصروفات عقد البيع ورسوم التسجيل والدمغة ، فى الحالة

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٦١ – السنهورى ص ٧٧٩ – محمد على إمام ص ٦٤٠ – سمير عبد السيد تناغو ص ٤٨٥ .

(٢) حسام الدين الأهوانى ص ٧٦٧ ومابعدها – محمد كامل مرسى ص ٤٣٢ .

التى يقوم البائع بدفعها عن المشترى لأنه لا يمكن اعتبار هذه المبالغ من ملحقات الثمن ، فالحقيقة هى أنه إذا قام البائع بدفع المبالغ السابقة عن المشترى ، فهو لا يعدو أن يكون مقرضا لها ، ومن ثم لا يكون له من أجلها إلا حقوق الدائن العادى .

ولايحتج على ذلك بما يقوله هذا الرأى بأن هذه المبالغ تعتبر فى تقدير المتعاقدين تكملة للثمن ، إذ لا أهمية لإرادة المتعاقدين فى تحديد المبالغ التى يضمنها الامتياز ، فالامتياز يفرضه القانون ، وهو الذى يبين المبالغ التى يضمنها ، فإذا اتفق المتعاقدان على أن مبلغا ما يعتبر تكملة للثمن أو ملحقا به ، ولم يكن القانون يعتبره كذلك ، ما كان هذا المبلغ ممتازا [1].

ومصروفات قيد الامتياز وتجديده تعتبر من الملحقات متى دفعها البائع[2] .

ولايضمن الامتياز التعويض الذى يحكم به انقضاء ، أو الذى يتفق عليه فى حالة فسخ العقد ، لأنه ليس ثمنا ، حتى لو عين مقداره مقدما وذكر فى العقد[3] .

وإذا كان الثمن قد دفع فإنه لا يكون هناك محل للامتياز . فإن كان دفعه قد تم عن طريق تحرير سندات به على المشترى ظل

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٦١ ومابعدها .

(٢) أحمد سلامه ص ٤٥٤ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٣٢ .

الامتياز قائما إلا إذا ثبت أن القصد من تحرير سندات بالثمن هو إحلال دين جديد محله [١].

٤٦١ـ مرتبة الامتياز :

يشترط قيد الامتياز لينفذ قبل الغير . فتسجيل عقد البيع لا يكفى وحده لنفاذ الامتياز ولو ذكر فيه أن الثمن لم يدفع بعد ، لأن التسجيل لازم لنقل الملكية إلى المشترى بينما القيد لازم لنفاذ الامتياز قبل الغير .

وتحسب مرتبة الامتياز من وقت القيد فتأخر عن الحقوق الأخرى المقيدة على العقار قبله . ويتقدم على الحقوق اللاحقة له فى القيد .

وإذا كان هناك حق امتياز عام أو امتياز مبالغ مستحقه للخزانة فإنه يقدم على امتياز البائعَ أيا كان تاريخ قيده .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" مرتبة الامتياز : يجب القيد ولو كان البيع مسجلا وقد تلافى المشروع بإيجاب القيد نقصا معروفا فى التقنين الحالى ، ومرتبة الامتياز يجددها تاريخ القيد "[٢].

---

(١) السنهورى ص ٧٧٩ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٢٦ .

مــادة (١١٤٨)

١- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه .

٢- ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته مــن وقــت القيد.

الشـــرح

امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين :

٤٦٢ـ حكمة الامتياز :

تقرر امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعمــاريين لأول مرة فى التقنين المدنى الجديد ذلك أن المقــاول أو المهنــدس المعمارى يضيف شيئا جديدا فى ذمة المدين ، إذ يترتب على عمل المقاول أو المهندس المعمارى زيادة فى قيمة العقار ، ومن ثم كان من العدالة أن يتقدم بدينه فى حدود تلك الزيادة .

٤٦٣ـ الحق المضمون بالامتياز :

الحق المضمون بالامتيــاز هــو حــق المقــاول أو المهنــدس المعمارى الذى تعاقد مع المالك على القيام بتشييد أبنية أو منشـــآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو صيانتها .

فلابد من وجود عقد بين المقاول أو المهندس المعمارى وبين صاحب المبانى أو المنشآت للقيام بالعمل ، فلا يضمن الامتياز حق المقاول أو المهندس المعمارى الذى يقوم بهذه الأعمال بدون عقد وباعتباره فضوليا مثلا .

ولايضمن الامتياز حق المقاول أو المهندس المعمارى الذى يتعاقد مع غير المالك كالمنتفع والمستأجر . ولهذا السبب لا يضمن الامتياز حق المقاول من الباطن لأنه يتعاقد مع المقاول الأصلى وليس مع المالك . ومع ذلك فالمقاول من الباطن يستفيد من امتياز المقاول الأصلى فى الحدود التى يكون فيها هذا الأخير دائنا لرب العمل وذلك بالدعوى المباشرة المقررة للمقاول من الباطن قبل رب العمل (م٦٦٢ مدنى) . والمقاول من الباطن له امتياز على ما للمقاول الأصلى قبل رب العمل وقت توقيع الحجز تحت يده (م٦٦٢/٢ مدنى) وهو امتياز على منقول[1] . إلا أن حق المقاول الأصلى قبل رب العمل مضمون بامتياز المقاول العقارى ، والمقاول من الباطن يستفيد من الامتيازين معا . ومع ذلك فهذه الاستفادة مرهونة ببقاء حق المقاول الأصلى قبل رب العمل قائما .

ولايستفيد من هذا الامتياز العامل لأنه ليس مقاولا أو مهندسا .

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٤٨١ ومابعدها – محمد على إمام ص ٦٤٢ ومابعدها – حسام الدين الأهوانى ص ٧٦٩ ومابعدها .

وإذ كان العامل يعمل لحساب رب العمل مباشرة فله الامتياز العام المقرر للأجراء . وإذا كان يعمل لحساب المقاول الأصلى فله نفس الدعوى المباشرة المقررة للمقاول من الباطن قبل رب العمل (م٦٦٢) .

ويجب أن يكون العمل الذى قام به المهندس أو المقاول المعمارى تشييد أبنية أو منشآت أخرى . ولا أهمية لنوع المواد التى استخدمت فى الإنشاء ، سواء كانت من الطوب أو الأحجار أو المعادن ، كما لايهم نوع المنشأة فيسرى الامتياز على المنازل والمخازن والجراجات والآبار والقناطر والسدود أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها . فإذا كان ما قام به المهندس أو المقاول المعمارى ليس من قبيل الأبنية كما هو الحال فى إصلاح الأراضى الزراعية أو تجفيف البرك ، فإنه لا يثبت له الامتياز .

ويضمن الامتياز كل المبالغ المستحقة للمقاول أو المهندس المعمارى فى نظير قيامه بتشييد البناء أو غيره من المنشآت أو إعادة تشييده[1] أو ترميمها أو صيانتها .

كما يشمل الامتياز ملحقات هذه المبالغ كالفوائد والمصروفات .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الحق الممتاز : المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين لتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو ترميمها أو صيانتها .

فيزيد المشروع على التقنين الحالى مصروفات البناء ويتلافى بذلك نقصا معروفا فى التقنين الحالى "[١].

٤٦٤- محل الامتياز :

يرد الامتياز طبقا النص على المبانى والمنشآت التى قام المقاول أو المهندس المعمارى بتشييدها أو ترميمها أو صيانتها . ولكن لايشمل الأرض المقامة عليها .

وبناء على ذلك لا يكون للمهندس المعمارى أو المقاول الحق فى حالة هلاك البناء أن يباشر امتيازه على الأرض .

والامتياز يثقل البناء كله ، وليس فقط الزيادة التى ترتبت على عمل المقاول أو المهندس المعمارى ، وذلك إعمالا لمبدأ عدم قابلية الامتياز للتجزئة[٢] .

غير أن المهندس المعمارى أو المقاول لا يستطيع مباشرة امتيازه إلا على المبلغ الذى يمثل الزيادة التى تكون موجودة فى قيمة العقار بسبب عمله وقت البيع . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر تلك الزيادة ، مستعينا فى ذلك بأهل الخبرة إن لزم الأمر .

فإذا قام مقاول مثلا بتشييد طبقة جديدة ، فإنه لا يستطيع مباشرة امتيازه إلا على المبلغ الذى يمثل الزيادة فى قيمة المنزل التى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٢٨ .

(٢) حسام الدين الأهوانى ص ٧٧٠ – محمد على إمام ص ٦٤٤ .

ترتبت بسبب تشييد تلك الطبقة ، على أن تحدد تلك الزيادة وقت بيع العقار لا وقت البناء [١].

ويشترط لمباشرة الامتياز أن تستمر الزيادة التى قام بها المهندس المعمارى أو المقاول إلى حين بيع العقار . فإذا أقام المهندس مبنى ثم تهدم هذا المبنى قبل التنفيذ على العقار انقضى امتيازه . ما لم يكن قد حل محله العقار المهدوم عوضا عنه كتعويض أو مبلغ تأمين ، فينقل إليه الحق الممتاز . وفى المقابل فإن ما زاد فى قيمة العقار بسبب أعمال المهندس المعمارى تضمن حقه كاملا طبقا لمبدأ عدم تجزئة الضمان[٢] .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" محل الامتياز : ما زاد فى قيمة العقار بسبب هذه الأعمال ، وبقى قائما إلى وقت ، بيع العقار . بخلاف امتياز مصروفات الصيانة في المنقول ، فالامتياز يقع على كل المنقول لا على ما زاد فيه بسبب هذه المصروفات وقد تقدم ذكر ذلك "[٣] .

٤٦٥ ـ شهر الامتياز :

يجب قيد هذا الامتياز . ويكون القيد بموجب قائمة كقائمة الرهن أو الاختصاص يبين فيها مقدار الدين الممتاز ، ويرفق بها ما يؤيده من مستندات كعقد محاسبة أو إقرار من المدين أو حكم قضائى .

---

(٢) محمد لبيب شنب ص ٣٢٨ – رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٦٠٦ ومابعدها .

(٣) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص ٦٠٧ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٢٩ .

ويجب أن تكون هذه المستندات مصـــدقا فيهـــا علـــى توقيـــع المدين[١].

وقد قضت محكمـة النقض بـــأن :

" الامتياز المقرر فى المادة ١١٤٨ من القانون المدنى للمقاولين على المنشآت التى عهد إليهم فى تشييدها نظير المبالغ المستحقة لهم لايسرى على الغير إلا إذا أشهر بالقيد " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

٤٦٦ـ مرتبة الامتياز :

تتحدد مرتبة الامتياز بتاريخ قيــده . فـــإذا تـــزاحم المهنـــدس المعمارى أو المقاول مع مرتهن العقار ، فالقاعدة هى أن السابق فى تاريخ القيد يتقدم .

ولاشك فى اتباع هذه القاعدة فى حالة ما إذا نشأ الـــرهن بعـــد تشييد البناء ، ففى هذه الحالة يتقدم المرتهن إذا كان سابقًا فى تاريخ القيد . أما إذا ارتهنت الأرض وقيد الرهن ، ثم أقيم البناء ، فالأصل هو امتداد الرهن إلى المنشآت المستحدثة ، ولكن ذلك يـــؤدى إلـــى إثراء المرتهن على حساب المهندس أو المقاول ، ولذلك فقد نصت المادة (١٠٣٦) على أن الرهن الرســمى يمتــد إلـــى المنشـــآت والتحسينات مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المســتحقة للمقـــاولين والمهندسين المعماريين .

---

(١) السنهورى ص ٧٨٤ .

ويكون عدم الإخلال بحقوق المقاول والمهندس المعمارى عـن طريق تقديم امتيازهم على الرهن ولو كان الامتياز لاحقاً للرهن فى تاريخ القيد[١] .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

" مرتبة الامتياز : يجب قيد الامتياز ، وتتحدد المرتبة من وقت القيد "[٢] .

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ٧٧٢ – عبد الفتاح عبد البـاقى ص ٧٦٩ – محمد على إمام ص ٦٤٤ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٢٩ .

مـــادة (١١٤٩)

للشركاء الذين اقتسموا عقاراً ، حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

الشـــرح

امتياز متقاسم العقار :

٤٦٧ـ حكمة الامتياز :

قرر المشرع امتيازا لمتقاسم العقار وذلك تحقيقا لنفس الغرض عن تقرير امتياز متقاسم المنقول ، وهو ضمان الوفاء بالديون الناتجة عن القسمة وسببها والحكمة فى ذلك كما ذكرنا فى امتياز متقاسم المنقول أن المتقاسم أضاف إلى ذمة شريكه السابق مالا استفاد منه بقية الدائنين ، ومن ثم يجب عدالة أن يستوفى حقه منه قبل هؤلاء الدائنين .

٤٦٨ـ الحق الممتاز :

نحيل فى شأن تحديد الحق الممتاز لما ذكرناه عند شرح امتياز المتقاسم فى المنقول .

(راجع شرح المادة ١١٤٦) .

٤٦٩ـ محل الامتياز :

يرد امتياز متقاسم العقار فيما يتعلق بمعدل القسمة على نصيب الشريك الملتزم بدفعه . وفى حالة التعويض بناء على ضمان

الاستحقاق يرد الامتياز على العقارات التى آلت إلى بقية الشركاء ، بمعنى أنه يثقل حصة كل شريك بقدر نصيبه فى التعويض وفقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ .

وبالنسبة لثمن التصفية يرد الامتياز على العقار الذى حصلت تصفيته بالمزاد ورسا مزاده على أحد الشركاء دون بقية العقارات الأخرى التى آلت إليه بناء على القسمة .

وإذا ورد الامتياز على عقار على النحو السابق ، فإنه يمتد إلى ملحقاته طبقا للأحكام المقررة فى شمول الرهن الرسمى للملحقات .

وإذا هلك العقار أو تلف فإن الامتياز ينتقل إلى ما يحل محله من حقوق كالتعويض أو التأمين أو مقابل نزع الملكية[١] .

٤٧٠ـ شهر الامتياز ومرتبته :

يجب قيد هذا الامتياز كشرط لنفاذه فى حق الغير . ولا يغنى عن ذلك تسجيل القسمة .

ويكون القيد بموجب قائمة يبين فيها مقدار معدل القسمة أو ثمن التصفية ويرفق بها عقد القسمة أو محضر مرسى المزاد .

وتحسب مرتبة الامتياز من تاريخ قيده .

ويرى البعض أنه فيما يتعلق بالتعويض عن الاستحقاق ليس القيد ضروريا وأن تسجيل عقد القسمة أو الحكم الخاص بها يكفى

---

(١) محمد على إمام ص ٦٤٦ .

لحفظ الامتياز وتعيين مرتبته نظرا لأن حق المتقاسم فى هذه الحالة له صفة احتمالية ، وذلك على عكس الحال بالنسبة لمعدل القسمة وثمن التصفية حيث يمكن إجراء القيد بموجب قائمة يبين فيها مقدار الحق الممتاز .

ولكن هذا الرأى يتعارض مع عمومية النص التى توجب قيد امتياز المتقاسم فى كل الحالات حتى يسرى على الغير ، فضلا عن أنه يمكن فى حالة التعويض عن ضمان الاستحقاق تطبيق القواعد الخاصة بقيد الرهن الرسمى الضامن لدين مستقبل أو إحتمالى (م١٠٤٠ ، ١٠٥٧)[١] .

ويلاحظ فى هذا الصدد الاستثناء الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ وهو الذى يواجه الفرض الذى يرهن فيه أحد الشركاء على الشيوع حصته الشائعة أجزاء مفرزة من العقار ثم يقع فى نصيبه بالقسمة أعيانا أخرى غير تلك التى رهنها إذ قرر المشرع فى هذه الحالة انتقال الرهن إلى قدر من هذه الأعيان يعين بأمر على عريضة ويحتفظ الرهن بمرتبته متى أجرى المرتهن القيد على هذا القدر .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الحق الممتاز : سبق بيانه فى امتياز المتقاسم فى المنقول

---

(١) محمد على إمام ص ٦٤٧ .

(يراجع فى هذا الشأن ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ١٥٨٨ المقابلة للمادة ١١٤٦ من القانون) .

محل الامتياز : الحصة المفرزة التى وقعت فى نصـيب كـل متقاسم ، كما فى المنقول .

مرتبة الامتياز : يجب قيد الامتياز ، وتتحدد المرتبة من وقـت القيد "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص ٣٣١ .


محتويات الكتاب

رقم البند	الموضــــوع	رقم الصفحة
	(الباب الخـــامس)	
	(الــكفالـة)	
	(الفصـــــل الأول)	
	(أركان الكفالة)	
	مـــادة (٧٧٢)	٧

تم بحمد الله

ظهر للمؤلف
عن دار محمود للنشر والتوزيع

١- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية . الجزء الأول (الطبعة الخامسة عشرة)

٢- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية . الجزء الثانى (الطبعة الخامسة عشرة)

٣- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية . الجزء الثالث (الطبعة الخامسة عشرة)

٤- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى أجرة الأماكن القديمة وما طرأ عليها من تخفيضات وزيادات .

الجزء الرابع (الطبعة الخامسة)

٥- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى عقد الإيجار فى التقنين المدنى الجديد . الجزء الرابع (الطبعة الخامسة)

٦- شرح قانون المبانى الجديد من الناحيتين الجنائية والمدنية .

(الطبعة السادسة)

٧- الحراسة القضائية فى ضوء الفقه والقضاء . (الطبعة الرابعة)

٨- قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقضاء .

(الطبعة التاسعة)

٩- الحجز القضائى على المنقول فى ضوء الفقه والقضاء طبقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ . (الطبعة الثانية)

١٠- الدفوع فى قانون المرافعات فقها وقضاء (طبقا لأحكام القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩) (الطبعة الرابعة)

١١- التجريف والتبوير والبناء على الأرض الزراعية وقمائن الطوب . (الطبعة الثامنة)

١٢- التعليق على قانون المرسوم القضائية فى ضوء الفقه والقضاء . (الطبعة الثانية)

١٣- التعليق على قانون إنشاء محاكم الأسرة .

(الطبعة الثانية)

١٤- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الأول . (الطبعة الخامسة عشرة)

١٥- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الثانى . (الطبعة الخامسة عشرة)

١٦- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الثالث . (الطبعة الخامسة عشرة)

١٧- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الرابع . (الطبعة الخامسة عشرة)

١٨- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الخامس . (الطبعة الخامسة عشرة)

١٩- شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١ . (الطبعة السابعة)

٢٠- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد - المجلد الأول . (الطبعة الثانية)

٢١- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد - المجلد الثانى . (الطبعة الثانية)

٢٢- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد - المجلد الثالث . (الطبعة الثانية)

٢٣- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد - المجلد الرابع . (الطبعة الثانية)

٢٤- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد - المجلد الأول . (الطبعة الثالثة)

٢٥- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد - المجلد الثانى . (الطبعة الثالثة)

٢٦- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد - المجلد الثالث . (الطبعة الثالثة)

٢٧- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى .

(عشرون جزءا)

(الطبعة الأولى لسنة ٢٠٠٧)

كتب نفدت

١- أحكام الإيجار فى قانون الإصلاح الزراعى . (الحائز على جاز التأليف الزراعى) . (الطبعة العاشرة)

٢- مشكلات الملكية والحيازة فى قانونى الزراعة والإصلاح الزراعى .

٣- إيجار الأماكن المفروشة وتبادل الشقق .

٤- ملحق بشرح التعديلات الجديدة فى إيجار الشقق المفروشة .

٥- شرح التعديلات الجديدة فى قانون الإصلاح الزراعى .

٦- انتقال الإيجار فى ورثة المستأجر بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية (دستورية) .

٧- شرح قانون الأسلحة والذخائر .

٨- جرائم التشرد والاشتباه فقها وقضاء (الطبعة الثانية)

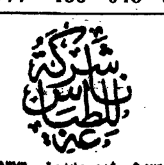
٩- الطفل وحنان القانون (كتاب ثقافى للطفل)

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

الترقيم الدولى

٢٠٠٦/١٦٧٢٩

977 - 400 - 046 - 3



٢٣ ش رشدى عابدين - ٣٩٢٥٢٧٦

